



TESIS DOCTORAL

El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Autor:

Mario Andrés Ospina Ramírez

Director/es:

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Tutor:

María del Carmen Barranco Avilés

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”

Getafe, Junio 20 de 2017

Tabla de contenidos

Introducción.....	1
--------------------------	----------

Capítulo 1

La discapacidad como un asunto de derechos. La libertad de tomar las propias decisiones en igualdad de condiciones como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos.....	13
--	-----------

1. Dignidad humana y discapacidad.....	13
1.1. El papel de la dignidad humana en la fundamentación de los derechos.....	13
1.2. La dignidad humana de cara a la diversidad: una visión desde la teoría de los derechos.....	18
1.3. La proyección de la dignidad humana y la protección de los derechos en el Estado Social de Derecho.....	22
2. Discapacidad y teorías de la justicia.....	27
2.1. La ética práctica de Singer.....	28
2.2. La justicia como equidad de Rawls.....	30
2.3. El enfoque de las capacidades de Nussbaum.....	35
3. Discapacidad y derechos humanos. El modelo social de la discapacidad (MSD).....	39
3.1. Autonomía y reconocimiento de la personalidad en el marco de la dignidad humana.....	42
3.1.1. Paternalismo jurídico y autonomía individual.....	45
3.1.1.1. Paternalismo jurídico, pluralismo y dignidad humana.....	50
3.1.1.2. La construcción paternalista a la luz de la dignidad humana y la autonomía individual.....	55
3.1.2. Capacidad jurídica y discapacidad.....	64
3.2. La igualdad como instrumento de ajuste de las situaciones de desventaja.....	69
3.2.1. La cláusula de no discriminación dentro del principio general de igualdad.....	75
3.2.2. La cláusula de no discriminación como dispositivo constitucional para la protección de los derechos. Método de aplicación.....	80

3.3. El modelo social de la discapacidad. El tratamiento de la discapacidad desde el enfoque de los derechos.....	87
3.3.1. Modelos de aproximación al estudio de la discapacidad.....	88
3.3.2 El modelo social de la discapacidad: la respuesta normativa a las barreras que impiden la igualdad.....	94
3.3.2.1. Barreras materiales: la accesibilidad universal como eje fundamental de inclusión.....	96
3.3.2.2. Barrera de reconocimiento legal e institucional: el sistema de apoyos como estrategia para el ejercicio de la capacidad jurídica...99	
3.3.2.3. Barreras económicas y sociales. Las acciones afirmativas como instrumentos de igualación.....	101
3.3.2.4. Barreras actitudinales: el Derecho antidiscriminatorio y la educación para la inclusión como mecanismos para la toma de conciencia sobre la aceptación de la diferencia.....	108
3.4. El reconocimiento de la capacidad jurídica en un marco de igualdad como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos.....	115
4. A modo de conclusión del capítulo.....	117

Capítulo 2

Las normas internacionales en materia de protección de la discapacidad aplicables al caso colombiano. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como paradigma de protección de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.....

1. El enfoque actual de la discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de la normatividad aplicable al caso colombiano.....	120
1.1. Análisis de la normatividad sobre discapacidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una mirada a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....	122
1.1.1. Abordaje de los casos más relevantes resueltos dentro del sistema en materia de discapacidad.....	128
1.1.2. Algunos apuntes sobre la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....	141

1.2. Análisis de la normatividad sobre discapacidad en el marco del Sistema Universal de protección de derechos humanos. Una mirada a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).....	145
1.2.1. Normatividad relevante expedida antes de la CDPD.....	146
1.2.2. La CDPD: una construcción normativa sobre la base del modelo social de la discapacidad.....	154
1.2.2.1. Principios, derechos y garantías.....	155
1.2.2.2. La protección de la capacidad jurídica en la CDPD. El modelo de apoyo para la toma de decisiones.....	163
1.2.2.2.1. El artículo 12 de la CDPD frente al sistema de representación.....	166
1.2.2.2.2. El artículo 12 de la CDPD y el sistema de apoyo para la toma de las decisiones.....	168
2. Reseña de los pronunciamientos más relevantes en materia de protección de la capacidad jurídica en el ámbito internacional.....	170
2.1. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observación general sobre el artículo 12 de la CDPD.....	170
2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Breve reseña de la jurisprudencia más relevante.....	173
3. A modo de conclusión del capítulo.....	177

Capítulo 3

Análisis de la normatividad colombiana en materia de discapacidad.....179

1. Análisis sobre la normatividad aplicable en materia de discapacidad en el contexto colombiano.....	179
1.1. El tratamiento de la discapacidad antes de 1991. Rezagos de un sistema marcadamente paternalista.....	179
1.2. El cambio de paradigma en el nuevo escenario constitucional.....	183
1.3. El régimen jurídico de la discapacidad a partir de 1991.....	185
1.3.1. La Constitución de 1991.....	186
1.3.2. Leyes, decretos y demás normatividad relevante en materia de discapacidad.....	191
1.3.3. Normatividad expedida luego de ser ratificada la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD).....	195

1.3.4. Régimen general de la capacidad jurídica en Colombia.	
Antecedentes.....	215
1.3.4.1. La capacidad jurídica en el derecho romano.....	215
1.3.4.2. La capacidad jurídica en el derecho colombiano.....	217
2. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad por vía jurisprudencial. Una mirada al nuevo panorama de la justicia constitucional colombiana.....	219
2.1. El constitucionalismo como movimiento ideológico y como nueva forma de concebir el Derecho.....	219
2.1.1. El nuevo escenario de la justicia constitucional colombiana.....	224
2.1.2. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad por vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	231
2.2. Hacia el reconocimiento paulatino de la capacidad jurídica en favor de las personas con discapacidad. La capacidad de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad.....	235
2.2.1. La medidas de protección coactiva en la jurisprudencia constitucional.....	235
2.2.2. La protección de la autonomía de las personas con discapacidad que no han alcanzado la mayoría de edad en lo que se refiere a decisiones personalísimas.....	243
3. A modo de conclusión del capítulo.....	247

Capítulo 4

Efectos del artículo 12 de la CDPD en el sistema normativo colombiano. El pleno reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.....

1. Análisis del modelo de la capacidad jurídica en Colombia (Ley 1306 de 2009).....	251
1.1. Descripción general del sistema de representación.....	254
1.2. Análisis del modelo colombiano frente al artículo 12 de la CDPD. La exigencia de igual reconocimiento ante la ley.....	256
1.2.1. Análisis conceptual.....	256
1.2.1.1. Propuesta general en cuanto a la definición conceptual...265	
1.2.1.2. Propuesta concreta en cuanto a definiciones.....	266
1.2.2. Análisis frente a disposiciones sustanciales.....	266
1.2.2.1. Propuesta concreta en materia sustancial.....	278

1.2.2.2. Propuesta en materia normativa.....	278
1.2.3. Análisis frente al procedimiento de interdicción e inhabilitación...	291
1.2.3.1. Propuesta concreta en materia procedimental.....	292
1.2.3.2. Propuesta en materia normativa.....	293
1.2.4. Recomendaciones finales sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica.....	299
2. Las barreras de acceso a los derechos.....	300
2.1. El ejercicio de los derechos en un contexto de igualdad.....	301
2.2. Propuesta en materia normativa.....	322
2.3. Recomendaciones finales sobre el modelo para la eliminación de las barreras.....	327

Anexo

Propuesta integrada para el reconocimiento de la capacidad jurídica en un contexto de igualdad.....	329
Conclusiones finales.....	339
Bibliografía.....	350

Introducción

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad se han visto compelidas a afrontar situaciones generalizadas de rechazo y exclusión social en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Esto obedece quizás a la connotación negativa que tradicionalmente ha acompañado al tema de la discapacidad y que ha dado lugar a que alrededor de este asunto se hayan tejido diversas doctrinas y corrientes ideológicas que han apuntado a ocultar, a descalificar, a negarles a estas personas la condición de sujetos de derechos, e incluso a legitimar la práctica de medidas eugenésicas y de esterilización hacia ellas.

En la actualidad existe un consenso más o menos generalizado sobre la necesidad de adoptar una serie de medidas destinadas a suprimir las dificultades que afrontan las personas en situación de discapacidad. No obstante, y pese a que es difícil encontrar alguna postura que niegue esta realidad, cuando se trata de justificar acciones o de tomar medidas concretas para favorecer a este colectivo de personas la situación reviste mayor complejidad.

Según datos que maneja la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de cada diez personas en el mundo presenta algún tipo de discapacidad. Es un colectivo que históricamente ha estado confinado a subsistir en condiciones de segregación y exclusión social, debido a las barreras físicas y sociales existentes en la sociedad que se han opuesto a su plena inclusión. El resultado es que, hoy por hoy, más de 700 millones de personas en el mundo entero arrastran a menudo una existencia marcada por la marginación, la degradación y la estigmatización.

Frente a otros grupos de la población, el de las personas en situación de discapacidad es uno de los que mayores niveles de exclusión social presentan en términos de distribución de los recursos y bienes sociales. La situación de pobreza frecuentemente se describe como la imposibilidad en que se encuentra una persona o un grupo de personas para cubrir sus necesidades básicas, razón por la cual suele medirse en términos de ingresos y nivel de renta. Sin embargo, dicho baremo de medición presenta algunos inconvenientes para el tema de la discapacidad, toda vez que una persona que se encuentra en esta situación, incluso con un nivel de ingresos aceptable, puede hallarse en posición de desventaja

respecto a otra persona sin discapacidad, aun cuando los ingresos de esta última sean ostensiblemente inferiores.

Es así como Amartya Sen diferencia dos tipos de desventajas que suelen acompañar a la discapacidad: la desventaja en los ingresos (*earning handicap*) y la desventaja en la conversión (*conversion handicap*) (Sen 2004); la primera supone la dificultad que afronta una persona en situación de discapacidad para obtener un empleo o para conservarlo, lo cual afecta directamente su nivel de ingresos; y la segunda implica el costo adicional que debe sufragar la misma persona para realizar una actividad específica en las mismas condiciones que cualquier otro sujeto, como por ejemplo cuando una persona requiere de un asistente personal para poder desplazarse de un lugar a otro. En otras palabras, es la dificultad para convertir ingresos en *libertad para vivir dignamente*.

Con todo, si bien el nivel de renta e ingresos puede incidir en el desarrollo social de una persona, existen además otros factores estructurales que restringen diametralmente las aspiraciones de este colectivo de personas.

El tema de la discapacidad no siempre ha hecho parte del discurso de los derechos humanos. Esto explica el porqué en diferentes contextos históricos el uso de métodos y procedimientos degradantes e inhumanos para el tratamiento de la discapacidad no solo se constituía –y se constituye aún– en una práctica habitual, sino que además es un hecho que con el tiempo alcanza a adquirir plena legitimidad. En el mejor de los casos a la personas en situación de discapacidad se les considera “enfermos” y su proyecto de vida solo tiene sentido en la medida en que logren salir de esa situación de “anormalidad”. Incluso hoy en día persiste la idea de que la discapacidad es una cuestión que se circunscribe exclusivamente al ámbito de la medicina y la seguridad social.

Sin embargo, en los últimos años ha tomado fuerza una nueva forma de abordar esta cuestión, que supone un cambio de paradigma a propósito del tratamiento habitual de la discapacidad. A partir de este nuevo enfoque, que ha sido denominado modelo social de la discapacidad, se concibe que la restricción infundada en el ejercicio de los derechos no deriva exclusivamente de una condición particular (deficiencia psíquica o física), tal como se ha entendido tradicionalmente, sino de la forma excluyente como se ha construido el entorno social. Así pues, desde este modelo se concibe la falta de oportunidades que afecta

a este colectivo de personas como producto de las barreras que surgen de la interacción entre factores sociales e individuales.

El modelo social de la discapacidad centra sus planteamientos en el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano, con lo cual asume que la discapacidad es una cuestión que debe formularse en clave de derechos humanos. Ahora bien, pese a que hay otras formas de abordar la discapacidad, verbigracia: a través de un enfoque netamente asistencialista o rehabilitador –desde el cual se concibe que el disfrute efectivo de los derechos de las personas en situación de discapacidad está condicionado a sus posibilidades de integración a la sociedad, lo que trata de conseguirse a través de políticas sobre asistencia sanitaria–, el modelo social, por su parte, aboga por la adopción de medidas que estén encaminadas a facilitar el ejercicio de los derechos y libertades de este colectivo de personas a través de la eliminación de barreras y obstáculos que impone la propia sociedad.

Visto desde otro ángulo, asumir la discapacidad como una cuestión de derechos humanos comporta, desde esta nueva perspectiva, la incorporación del componente de igualdad y no discriminación en las normas y en las políticas sobre discapacidad, a fin de garantizar el acceso efectivo de estas personas a los distintos ámbitos de la vida cotidiana (familia, educación, empleo, esparcimiento, etc.). Bajo ese entendido, la plena participación de este colectivo de personas en las diversas esferas de la sociedad sería el fin al cual se aspira, y el enfoque social la estrategia para llegar al mismo.

Los postulados del modelo social ya han encontrado eco en el plano jurídico internacional. Es así como en diciembre de 2006, en el seno de Naciones Unidas, se suscribió la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, documento de carácter vinculante que refleja la creciente preocupación de la comunidad internacional por el alto índice de marginación que afecta a este colectivo de personas, y que da cuenta de la disposición por parte de los Estados signatarios a asumir compromisos al interior de sus legislaciones con el fin de promover las condiciones necesarias para dar pleno reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad en todas y cada una de las esferas de su vida (individual, familiar, profesional, social, etc.).

Así pues, la Convención hace énfasis en el compromiso que asumen los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para fomentar en la sociedad el respeto por los derechos y libertades de las personas en situación de discapacidad, así como también sobre la toma de conciencia respecto de sus aportaciones y capacidades, para lo cual se impone a los Estados, además, la obligación de luchar contra todo tipo de estereotipos y de prácticas discriminatorias que afecten significativamente el desarrollo social de este grupo de personas.

El enfoque axiológico sobre el cual basa sus lineamientos este instrumento de derechos humanos resulta paradigmático, por cuanto se concibe que la discapacidad es el resultado de las barreras y obstáculos que traza la propia sociedad, lo que impide a estas personas el derecho a vivir de forma independiente y asimismo de participar en los asuntos que atañen a la comunidad.

Bajo esa mirada, la Convención marca un cambio en el modo de entender la discapacidad al reconocer que las barreras y los prejuicios sociales devienen en sí mismos en una discapacidad. Sin lugar a dudas, la adopción de la Convención Internacional supone un avance capital en materia de reconocimiento de derechos en favor de este grupo de personas, pero también en la forma de concebir la discapacidad: pasa de verse como un factor de preocupación inserto en el ámbito del bienestar social a concebirse como un tema de igualdad de oportunidades dentro del campo de los derechos humanos. El pasado 10 de mayo de 2011, Colombia se convirtió en el país número cien en ratificar la Convención de la ONU.

El marco constitucional colombiano plantea un escenario propicio para la protección de las personas en situación de discapacidad. Así pues, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se da un giro significativo en la estructura organizacional del Estado colombiano. La inclusión de la dignidad humana como referente axiológico para la interpretación de los derechos, el paso de un sistema político meramente representativo a uno más participativo y pluralista, y la adopción de un modelo de derechos progresivo e incluyente, son algunas de las novedades que presenta el nuevo esquema constitucional.

Sin embargo, el plexo legal colombiano va en otra dirección. La desidia y falta de prolijidad del legislador para conjurar el fenómeno de la exclusión de las personas con

discapacidad ha sido una constante a través de la historia; postura que incluso hoy se mantiene vigente. No solamente porque no se adoptan las medidas suficientes para garantizar la igualdad de oportunidades, sino porque las propias instituciones legales se han planteado de cara a la restricción de las libertades.

Habitualmente se ha asimilado la discapacidad a la falta de capacidad para el ejercicio de las libertades. Desde el imaginario social se asume que se trata de un grupo conformado por personas que son incapaces de decidir sobre sus propias vidas. Esto ha dado lugar a que al interior de los ordenamientos jurídicos se hayan dispuesto mecanismos de control para condicionar su participación en el tráfico jurídico, bajo una supuesta consigna protectora. Dentro de dichas figura se encuentra la interdicción, que supone una restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, lo cual a su vez se traduce en la imposibilidad de realizar actos con efectos jurídicos.

Aunque desde un comienzo la capacidad ha sido concebida como un atributo de la personalidad, a las personas en situación de discapacidad se les restringe legalmente la posibilidad de actuar, por el riesgo que puede generar para sí misma o para terceras personas la puesta en práctica de sus propias elecciones.

Comoquiera que se concibe que las personas en situación de discapacidad no son aptas para valerse por sí mismas, bajo el argumento del propio beneficio se les excluye de los espacios de participación y de toma de decisiones, lo que condiciona el ejercicio de sus derechos, casi en su totalidad, a la voluntad de un tercero. De ese modo se asume que cuanto más pueda apartarse a una persona de su esfera de decisión, mayor será la protección. Al parecer el sistema colombiano apunta en esa dirección.

Pues bien: a pesar de que uno de los avances más importantes que trae la Convención internacional en materia de discapacidad es la de vincular como criterio transversal la exigencia de igualdad y no discriminación al diseño y configuración de leyes y políticas públicas estatales, en Colombia, no obstante, estas personas siguen excluidas del ejercicio de sus propias libertades.

Entonces, al cumplirse veintiséis años de haberse promulgado la Constitución, la realidad colombiana evidencia que las personas en situación de discapacidad siguen siendo objeto

de conductas y medidas discriminatorias tanto en el plano social como en el normativo, lo que en nada refleja el espíritu democrático y reivindicativo del nuevo texto constitucional.

Actualmente, Colombia no cuenta con un registro estadístico confiable en materia de discapacidad. El último censo general de población que efectuó el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) en el año 2005 arrojó una tasa de incidencia del 6.3 %, lo que representaba, en 2015, un número aproximado de 3 051 217 personas con discapacidad.

La anterior cifra contrasta con las estimaciones internacionales en materia de discapacidad. Incluso con otras cifras oficiales de orden nacional, a saber: el Registro para la localización y caracterización de personas con discapacidad (RLCPD) del Ministerio de Salud y Protección Social, tenía inscritas en el año 2014 a 1 121 274 personas.

El uso de técnicas inapropiadas para la recopilación de la información, la variación en las definiciones conceptuales, las limitaciones en los estudios de prevalencia tanto desde el punto de vista geográfico como desde el punto de vista demográfico, la falta de sistematización de la información, etc., son cuestiones que dificultan el análisis a propósito del impacto social y económico de la discapacidad en Colombia.

En todo caso, atendiendo las estimaciones de la OMS que apuntan a que se trata de una situación que involucra como mínimo al 10 % de la población, fácilmente podría advertirse que, en la actualidad, la cifra en Colombia gira alrededor de cuatro millones ochocientas mil personas en situación de discapacidad.

En Colombia no se cuenta con datos oficiales concretos sobre la incidencia de la discapacidad en los distintos ámbitos sociales (educación, salud, empleo, recreación, etc.). Tampoco se cuenta con cifras confiables sobre personas que han sido sometidas a procesos de interdicción judicial.

Según estimaciones del Banco Mundial, en América Latina y el Caribe aproximadamente el 82 % de las personas con discapacidad viven en la pobreza; entre el 20 y 30 % de los niños y niñas asisten a alguna institución educativa; entre el 80 y 90 % de las personas en

edad para trabajar no están vinculadas a la fuerza laboral; y menos del 20 % de las personas con discapacidad están afiliadas a algún sistema de salud¹.

En Colombia, de acuerdo con un informe entregado por el Centro de Estudios e Investigación en Salud —CEIS—, las personas en situación de discapacidad son de escasos recursos y pertenecen en su gran mayoría a los estratos socioeconómicos 1 y 2 de la población. El estudio revela además que un porcentaje significativo de estas personas carece de un sistema de seguridad social y vive en las cabeceras municipales, grupo que además se caracteriza por tener un bajo nivel educativo y un alto grado de deserción escolar, lo que viene acompañado de cifras de desempleo que afecta aproximadamente al 70 % de la población en situación de discapacidad².

Ergo, no es aventurado afirmar que el grupo de personas en situación de discapacidad es uno de los que evidencia mayores índices de exclusión y marginación social.

En ese orden de ideas, en el marco de este trabajo de investigación se procederá a efectuar un análisis jurídico del tratamiento de la discapacidad en Colombia, a fin de determinar si la normativa colombiana se ajusta a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente a lo preceptuado en el artículo 12, que dispone el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

A pesar de que aquí se entiende que el reconocimiento de la capacidad jurídica es presupuesto para el ejercicio de los derechos, la falta de materialización de estos, a su vez, condiciona el ejercicio de la capacidad jurídica. O, en otras palabras, no basta por sí solo con que se efectuó un reconocimiento formal de la capacidad jurídica, sino que dicho reconocimiento debe efectuarse en un escenario de igualdad, esto es, brindando las condiciones necesarias para que cada persona tenga la posibilidad fáctica de tomar decisiones, en ejercicio de sus derechos.

¹ Fuente disponible en:

<http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/Regions/LAC/LACfactsheetSpn.pdf>

² “Caracterización sobre discapacidad a nivel nacional”. (2008). Centro de Estudios e Investigación en Salud - CEIS. Fundación Santa Fe de Bogotá, pp. 54 y ss. Disponible en <http://www.saldarriagaconcha.org/es/biblioteca-digital/item/727-caracterizacion-sobre-discapacidad-a-nivel-nacional>. Recuperado en junio de 2017.

Un uso inapropiado del lenguaje puede suponer de facto un trato discriminatorio, sobre todo cuando equívocamente se trata de asociar dentro de un mismo concepto a la persona humana (sujeto de derechos) que posee alguna disfunción, con la “deficiencia” misma, o con los efectos que esta produce. De ahí que para hacer alusión a los sujetos pertenecientes a este colectivo de personas usualmente se recurra a expresiones despectivas tales como minusválidos, discapacitados, inválidos, incapaces, limitados, etc., términos que definitivamente deben proscribirse del discurso de los derechos humanos.

Acorde con lo que se ha señalado, en este documento se partirá de un concepto evolutivo de la discapacidad. Así pues, desde esta línea de entendimiento se concibe la discapacidad como un fenómeno estructural y sistemático que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras físicas y conductuales, lo cual impide su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás. De ese modo, se concibe que una “deficiencia” solo se traduzca en “discapacidad” cuando la misma estructura preconcebida de la sociedad dificulta o hace ilusorio el ejercicio de los derechos.

Comoquiera que desde la perspectiva en comento se entiende que la discapacidad no es una condición de la persona sino un hecho social complejo que tiene su origen en diversos factores, en este trabajo se hará un uso indistinto de las expresiones “personas con discapacidad” o “personas en situación de discapacidad” para denominar al grupo en mención.

Dichas locuciones resultan pertinentes en tanto que a través de las mismas se sitúa el problema fuera de la persona, desvirtuando el constante equívoco de dar por sentada la presunción de falta de capacidad. Bajo esa línea no resulta adecuado hacer uso de los términos “incapaz” o “discapacitado”. Es de anotar que la capacidad para poder realizar una actividad es una cuestión que solo puede valorarse frente a una situación concreta y no frente a una generalidad de situaciones.

Tampoco parece acertado hacer uso de expresiones tales como “personas con capacidades excepcionales” ni tampoco “personas vulnerables o en situación de indefensión”. La primera, porque parte de un supuesto totalmente inapropiado al concebir la discapacidad como una situación deseable y enriquecedora. En ese sentido, las medidas para la

protección de los derechos deben orientarse a eliminar las barreras que producen la discapacidad, desde el reconocimiento de la diversidad.

La segunda, porque acentúa el estatus de inferioridad que históricamente ha pesado sobre este grupo de personas. Cabe destacar que el colectivo de la referencia no está conformado por individuos necesitados y faltos de protección sino por personas subvaloradas, carentes de oportunidades.

En esa línea también resulta pertinente indicar que se trata de grupo en situación de desventaja. Aunque Añón Roig (2013, pp. 134-135) explica que la consideración de grupo desventajado es un tema que aún está por resolver, propone tres elementos que a su juicio resultan cardinales para su identificación: i) la determinación del grupo desventajado; ii) una historia de discriminación, y iii) una situación de desventaja pasada y presente.

En cuanto al primero, alude a que el grupo está constituido por individuos que comparten algunos rasgos que los identifican, no necesariamente de naturaleza inmutable o esencialista pero sí definitorios, de los que se deriva una serie de prejuicios sociales contra los miembros de esa clase.

En cuanto al segundo, indica que debe existir una historia de discriminación que se proyecte sobre la situación actual y que pueda probarse, lo cual se analiza generalmente en el ámbito judicial. Sin que exista un único parámetro de medición, indica que este aspecto puede determinarse evaluando, por ejemplo, si el grupo ha sido históricamente excluido del ejercicio de un derecho en particular o si la regulación actual de un derecho tiene alguna relación con las prácticas discriminatorias del pasado.

En cuanto al tercero, expresa que la situación de desventaja exige la prueba de que el grupo se encuentra en un plano de subordinación, dadas las condiciones sociales, económicas, culturales o de otra índole en relación con el grupo mayoritario. La situación de desigualdad material se comprueba no solamente por la historia del desarraigo sino por la existencia actual de una visión infravalorada del grupo, para lo cual resulta clave la obtención de datos estadísticos, informes, modelos de buenas prácticas, etc.

Pues bien: en relación con los mencionados supuestos puede indicarse que, a pesar de que este grupo está integrado por personas cuyos intereses no siempre guardan correspondencia entre sí, dada la diversidad de situaciones que, fundadamente o no³, se incluyen dentro de una misma realidad —la de la discapacidad—, el factor que permite su identificación es precisamente la carga de la presunción de incapacidad, lo que a su vez viene a cuantificarse socialmente en función de la utilidad o del aporte y sitúa por consiguiente a este grupo en el plano de la beneficencia y la asistencia social.

Aunque la dependencia y la capacidad no son condiciones naturales sino construcciones culturales que adquieren sentido según como avanza la humanidad, no obstante ha sido usual a través de la historia que dichos componentes sirvan de fundamento para justificar el trato excluyente a través de la división de los seres humanos entre valiosos y disvaliosos.

Incluso en la actualidad, los índices de desarrollo social, los informes de derechos humanos, los pronunciamientos judiciales tanto en el ámbito interno de los países como en el orden internacional, entre otros, evidencian la realidad que presenta este grupo en cuanto al reconocimiento y protección de sus derechos, no dándose ni siquiera por superada la satisfacción de las necesidades básicas (mínimo existencial).

Por otra parte, las personas con discapacidad se han encontrado permanentemente en posición de subordinación, no solo porque han estado excluidas del debate sobre sus propios derechos, sino también por el vínculo de dependencia que surge en virtud de la tutela paternalista, lo que ha justificado la adopción de medidas de protección que incluso se imponen sin contar con su aquiescencia.

³ Algunos miembros de la comunidad sorda no se consideran a sí mismos como personas en situación de discapacidad, sino como una minoría etnolingüística, y plantean la defensa de sus derechos desde la especificidad. Sobre este aspecto resulta interesante traer a colación las reflexiones de Sandel a propósito del debate ético que surgió en Estados Unidos a partir del caso de una pareja de personas sordas que, bajo el argumento de la defensa de la identidad cultural, se sometió a un tratamiento médico con la esperanza de concebir a un hijo sordo. Este caso permite evidenciar la dificultad de hallar una única base fundamentadora en torno a los rasgos que definen y conceptualizan la discapacidad. Frente a este mismo caso, Sandel se mostraría en desacuerdo con la práctica al considerar que la ingeniería genética aplaca el impulso hacia la mejora social y política (Sandel, 2007, pp. 1 y ss.). Ahora bien, Nussbaum (2002, p. 17) cuestionaría la idoneidad de los padres para decidir qué entra en ese conjunto básico de lo humanamente normal. Para Peter Singer (2002, p. 29) este sería un caso de maltrato infantil por parte de los padres. Para Fernando Rodríguez (Rodríguez Genovés, 2003, p. 90) se trataría de una práctica legítima en tanto que la sordera es una forma de normalidad.

Todo lo anterior permite evidenciar, siguiendo la propuesta de la profesora Añón Roig, que el grupo de personas con discapacidad se encuentra en posición de desventaja frente al grupo mayoritario en lo que respecta al reconocimiento y ejercicio de los derechos, lo que ciertamente exige un replanteamiento de las categorías dogmáticas tradicionales a través de las cuales se ha definido el fenómeno de la discapacidad.

Pese a que la situación de discapacidad se origina en distintos tipos de deficiencias, con cierto carácter de permanencia, por una cuestión metodológica en este escrito se hará mención a tres formas generales de discapacidad: física, sensorial y cognitiva. En la primera se incluye a todas aquellas que derivan de deficiencias físicas (pérdida anatómica de un órgano, pérdida de una función, etc.) que pueden llegar a incidir en el desempeño motor de la persona. En la segunda, a aquellas que provienen de una deficiencia en uno o varios de los sentidos (pérdida de la visión, pérdida de la audición, anosmia, etc.). En la tercera, a aquellas que derivan de una deficiencia intelectual o mental (psicosocial).

Así las cosas, en el primer capítulo de este trabajo se abordará el tema de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Para tal fin se hará referencia, en primer lugar, a la dignidad humana como eje central en la fundamentación de los derechos así como el papel que esta cumple en el Estado Social de Derecho. Posteriormente se hará un análisis de la discapacidad desde el ámbito de la igualdad y la libertad, para finalmente entrar a explicar cómo el modelo social asume la discapacidad como un asunto de derechos humanos, al tiempo que se analizarán las proyecciones normativas del mencionado modelo.

En el segundo capítulo se hará un análisis sobre el tratamiento de la discapacidad en el marco del derecho internacional. Para tal propósito se tomarán como referencia los dos sistemas de protección de los que el Estado colombiano hace parte: el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho análisis comportará los avances que presentan cada uno de estos sistemas en materia de discapacidad, así como un estudio específico de los mecanismos de garantía que se han implementado al interior de cada uno de los citados sistemas de protección. Finalmente se hará mención a la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, instrumento que se constituye en el paradigma de la adopción del modelo social de la discapacidad.

Posteriormente, en el tercer capítulo se efectuará un estudio de la normatividad colombiana en materia de discapacidad. Para ello inicialmente se realizará un análisis general del tratamiento de la discapacidad, con anterioridad y con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991. Asimismo, se hará un estudio del nuevo panorama constitucional colombiano y del reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad a partir del nuevo texto fundamental. Finalmente se revisará el desarrollo que han tenido los postulados constitucionales en materia de discapacidad, en el plano legal y jurisprudencial.

Finalmente, en el cuarto capítulo se realizará una propuesta de adecuación de la legislación interna a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, específicamente en lo dispuesto en el artículo 12, según la interpretación que parece más adecuada de cara a la mencionada normativa convencional.

Capítulo 1

La discapacidad como un asunto de derechos. La libertad de tomar las propias decisiones en condiciones de igualdad como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos

1. Dignidad humana y discapacidad

1.1. El papel de la dignidad humana en la fundamentación de los derechos

A pesar de que algunos escritos de la época clásica ya hacen alguna referencia al concepto de dignidad humana, así sea de manera implícita, solo con el tránsito a la modernidad — especialmente con los aportes de la Escuela de la Ilustración— y en desarrollo del componente ético de la noción antropológica de “humanidad” empieza a concebirse la dignidad como un valor inherente y absoluto del ser humano⁴.

Precisamente desde la visión aristotélica se niega la vinculación de todos los individuos a una concepción cosmopolita de humanidad. Así, se descarta de plano el ideal de igual dignidad y se legitima la hegemonía de unos grupos sociales sobre otros en virtud de la supremacía racial (Aristóteles, 2009, pp. 416 y ss.) y de acuerdo con unos determinados criterios de orden cultural y económico.

El argumento de la dignidad en atención al merecimiento (justicia distributiva) y a la virtud individual permite a Aristóteles (2009, pp. 191 y ss.) justificar, dentro de su construcción teórica, la privación a ciertos sujetos de la participación en la esfera política, negándoles el ejercicio de la ciudadanía —una de las prerrogativas básicas para el destino de la comunidad y para el desarrollo individual—, por la existencia de rasgos particulares que en el marco del planteo aristotélico impiden al sujeto desarrollar adecuadamente las actividades dignas del ser humano, llegando incluso a colocar a los individuos menos virtuosos en el mismo nivel de los bienes de intercambio.

⁴ El concepto jurídico de dignidad solo adquiere forma después de la segunda guerra mundial. Para Habermas (2010), no obstante, siempre ha existido una relación conceptual entre dignidad humana y derechos humanos, así sea de manera implícita.

De ahí que este autor dedicara un acápite completo de su *Política* (Capítulo II, Libro I) para referirse a los “esclavos” y a su deber de obediencia frente a los “señores”, dada su condición de inferioridad, y define además la esclavitud como algo natural, necesario, justo y útil.

Para precisar la particular naturaleza del ser humano, Aristóteles se apoya en tres elementos estructurales (racional, político y teleológico) que permiten orientar al individuo hacia una vida virtuosa⁵. El componente racional tiene que ver con la capacidad del ser humano de decidir sobre su propia vida por cuanto está dotado de conciencia y razón (Aristóteles, 1995, pp. 141 y ss.); el componente político equivaldría a la capacidad de relacionarse con otros individuos dado que el hombre es por naturaleza un animal social (Aristóteles, 1999, p. 50); y el componente teleológico tiene que ver con la capacidad del ser humano de proyectarse, de buscar su felicidad (Aristóteles, 1995, pp. 132 y ss.).

Ya en la Edad Media, la idea de dignidad subyace de la formulación teológica acerca del origen del universo, de donde se desprende que el hombre es digno porque ha sido creado a imagen y semejanza de un ser superior (dignidad heterónoma)⁶. Como bien lo señala Antonio Pelle, en esta etapa el poder de la Iglesia se sustenta sobre la base del desprecio de la razón y de la identidad corporal del ser humano (pesimismo antropológico).

No obstante, este autor también identifica dentro de este periodo el surgimiento de una especie de “humanismo medieval” que, sin negar la existencia de Dios, defiende una idea de dignidad inherente bajo el argumento de que la fuerza racional permite reconocer la grandeza del orden natural y divino (Pelle, junio de 2009, pp. 152 y ss.).

En la modernidad, bajo el influjo de la doctrina de la Ilustración (humanismo laico) empieza a explicarse la realidad del ser humano en razón a su especificidad e individualidad desligada de factores externos y contingentes. Precisamente el valor del ser humano se construye a partir de su propio autoconocimiento y se nutre de una dogmática antropocentrista y secular.

⁵ Para Platón el valor del ser humano está dado por la virtud autónoma; esto es, por la capacidad del individuo de conocer su propia naturaleza y de ajustar su comportamiento a las normas sociales (Platón, 1997, pp. 376 y ss.).

⁶ Señala Habermas (2010, pp. 116 y ss.) que, si bien en la Edad Antigua empieza a establecerse un vínculo entre *dignitas* y *persona*, es en la estructura medieval donde se desarrolla la idea de persona individual, creada a imagen y semejanza de Dios, no fungible ni intercambiable.

En esa línea, a partir de las ideas de Kant el concepto de dignidad cobraría un nuevo sentido. Al evidenciar que la metafísica tradicional se basa en algo meramente empírico⁷, Kant cuestiona el método que hasta ese entonces se utilizaba para explicar la razón del ser humano por basarse en una postura premoderna del conocimiento y por ceñirse a un objeto de entendimiento limitado⁸.

Bajo la formulación de un principio moral universalmente válido, este autor concibe la autonomía como un signo distintivo (Kant, 1981, pp. 25 y ss.) y como una cualidad humana que comporta la posibilidad que posee el individuo, en cuanto ser dotado de racionalidad, de autogobernarse (Pele, 2009, pp. 152 y ss.); desliga, entonces, el argumento de la autonomía humana de posturas religiosas o de orden natural y lo edifica a partir del ideal kantiano que expresa que el hombre es el fin último de todo orden social (humanismo filosófico). Describe este autor:

Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no solo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin (Kant, 1946, p. 82).

Es así como Kant se refiere a la *voluntad* como aquella potestad que tiene el hombre de trazarse objetivos (autonomía), entendiendo que el *fin* es el fundamento de dicha autodeterminación (Kant, 1946, pp. 81 y ss.). No obstante, también enfatiza en lo que él mismo denomina una “buena voluntad” al destacar que la moralidad de todo acto se encuentra sujeta a la probidad de la intención (Kant, 2003, p. 20). La buena voluntad permitiría al sujeto actuar conforme a la ley moral no por una cuestión de imposición sino por la necesidad práctica y objetiva de dar cumplimiento a un principio que en sí mismo es bueno según una máxima universal (imperativo categórico). En suma, la libertad presupone que la voluntad no esté condicionada por factores externos, de tal manera que

⁷ Kant acepta que el método empírico también es fuente de conocimiento, aunque también insiste en su insuficiencia. Incluso reconoce un conocimiento previo e independiente a la experiencia, definiéndolo como “conocimiento puro a priori” (Kant, 1998, p. 42).

⁸ Sandel (2009, pp. 20 y ss.) formula algunas críticas a la doctrina kantiana al cuestionar el hecho de que asumir que lo importante no son los fines sino la capacidad para elegirlos, tal como lo asegura Kant, presupone la concepción de un sujeto que precede y trasciende a la experiencia. Argumenta que no es posible que una sociedad esté gobernada por principios neutrales y tampoco es posible ubicar al ser humano fuera de la sociedad. Termina indicando que la figura del sujeto deontológico no deja de ser una ilusión liberal.

un sujeto será libre solamente si está en capacidad de decidir autónomamente sobre su vinculación a ley moral.

Según Kant la capacidad cognoscitiva del individuo gira en torno a dos ejes: la sensibilidad (intuición) y el entendimiento (concepto). Mediante la sensibilidad el ser humano es capaz de percibir un objeto; mediante el entendimiento es capaz de discernir sobre dicho objeto (Kant, 1998, p. 61). La razón sería, pues, la capacidad del ser humano de acceder a la moral, al tiempo que la probidad y necesidad de una ley moral derivarían de la propia razón (Kant, 2003, p. 43).

Ciertamente, desde la perspectiva en comento la realidad no podría explicarse fuera del hombre y de sus capacidades. O, en otro sentido, la racionalidad humana no buscaría explicar la realidad sino que se constituiría en el fundamento de la misma. El rasgo distintivo del ser humano frente a los demás seres vivos⁹ sería precisamente su capacidad racional, su inteligencia (Kant, 2003, pp. 96-97).

Entonces, para Kant la razón sería el elemento determinante del comportamiento humano y la autonomía el fundamento de la dignidad (2003, p. 76); a su vez, la dignidad derivaría de la capacidad del ser humano —dado el conocimiento que puede llegar a tener de sí mismo— de formular principios morales con carácter universal. Ha expresado este autor: “(...) la dignidad de la humanidad consiste precisamente en esa capacidad de ser legislador universal” (Kant, 2003, p. 81). De ese modo, la vocación de obediencia del individuo en relación con lo preceptuado en dichos principios morales ya no se valoraría dentro del concepto de dignidad.

Ahora bien, pese a que los planteos del mencionado autor sobre la dignidad resultaron en un primer momento de capital importancia para la formulación de los derechos —incluso en la actualidad la idea de dignidad aún se fundamenta a partir de la doctrina kantiana—, dicha configuración inicial resultó incompatible con algunas pretensiones específicas de moralidad, precisamente por identificar el valor de dignidad con un modelo “omnímodo”

⁹ Peter Singer (1995, pp. 94 y ss.), apartándose de la doctrina kantiana, asume que no existen argumentos morales de peso para trazar una línea definitiva entre humanos y animales. Incluso llega a sostener que algunos animales, a pesar de no usar el mismo lenguaje de los humanos, tienen conciencia propia (autoconciencia), a diferencia de algunos seres humanos que la tienen disminuida o simplemente carecen de ella.

de ser humano dotado de unas “capacidades y atributos universales” que lo situaban en posición de superioridad frente al resto de seres vivos. En ese orden de ideas,

(...) el ideal de la dignidad humana va asociado con el modelo de ser ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. El modelo de ser humano de la Ilustración se apoyaba en patrones basados en la perfección” (De Asís, 2007, p. 32).

Tal como lo describe Rafael De Asís, la teoría de los derechos se estructuró a partir de un concepto restringido de dignidad humana que solamente incluía dentro de sus planteamientos originarios a aquellos seres vivos que por sus aptitudes diferenciadoras (capacidad de sentir, de razonar y de comunicarse) eran competentes para elegir libremente un plan de vida.

Así pues, bajo esta mirada solo aquellos sujetos que tuviesen aptitud¹⁰ para situarse dentro de la mencionada categoría estaban legitimados para participar en la discusión moral (De Asís, 2007, p. 33). En palabras del profesor De Asís, “estos atributos se presentan como elementos que justifican la dignidad humana y la existencia de derechos cuya principal función es la de proteger el desarrollo de esa dignidad, en definitiva, de esas capacidades y de su ejercicio” (De Asís, 2013, p. 40).

Pues bien, dicha visión “general y abstracta” del hombre moderno propia de la Ilustración tácitamente excluía de sus presupuestos ontológicos a todas aquellas personas que por sus circunstancias individuales “no estaban en capacidad” de optar libremente por un proyecto moral de vida ni de asumir un rol socialmente relevante.

Comoquiera que no se les consideraba como sujetos de derechos, sus pretensiones éticas no podían fundarse a partir del concepto de dignidad humana sino que el reconocimiento de sus derechos estaba condicionado a la voluntad de quienes sí estaban legitimados para

¹⁰ Es preciso convenir que desde el punto de vista sociológico la “calificación de la aptitud” puede derivar de la forma como se valoran los atributos naturales dentro de las relaciones sociales, lo cual puede llegar a generar una identidad deteriorada. Es lo que Goffman (1986, pp. 1-85) denomina “estigma”, que se constituye precisamente en un instrumento social para categorizar a las personas según los atributos. Es de anotar, que Mike Oliver (1998, pp. 38 y ss.) plantea críticas al propio Goffman, a quien sitúa dentro de la corriente interaccionista, argumentando que la teoría del estigma parte de la visión del opresor y no de los oprimidos, lo cual implica que en la práctica dicha teoría podría llegar a utilizarse más como un signo de dominación que de evitación.

participar en la cuestión moral. En consecuencia, dicho reconocimiento estaba supeditado a la atribución de derechos que estos últimos realizaban a favor de los primeros, quienes históricamente se constituyeron en objetos de decisión (De Asís, 2005, pp. 148 y ss.).

1.2. La dignidad humana de cara a la diversidad. Aproximación a la discapacidad desde la teoría de los derechos

Para que un sistema de derechos pueda sustentarse en una moral básica universalizable¹¹, de suerte que la titularidad y el ejercicio de los derechos se confieran a todas las personas sin distinción alguna, no basta con que derive su fundamento en la naturaleza intrínseca de la dignidad —desde lo cual se hace énfasis en los rasgos que diferencian a los seres humanos de los demás seres vivos—, sino que es preciso que la dignidad se conciba dentro de un contexto de reconocimiento, protección y valoración jurídica de las diferencias (Ferrajoli, 1999, pp. 75 y ss.), que deben visualizarse entre los mismos seres humanos o grupos sociales.

El concepto de dignidad debe partir del supuesto de que todas las personas son intrínsecamente iguales y poseen un valor inestimable a pesar de las diferencias. Esto traduce la idea de *igualdad en la dignidad* —o igualdad de condiciones para la realización de la dignidad— para todos los sujetos, independientemente de sus características individuales y del rol que desempeñen en la sociedad.

No es apropiado construir una teoría de los derechos que desatienda las exigencias éticas de dignidad de los distintos grupos de la población. Por esa razón, cualquier forma de organización política y jurídica que se autoproclame como incluyente deberá arbitrar las condiciones necesarias para que, en el marco de la diversidad y de la dignidad, todas las personas tengan la posibilidad de optar libremente por un plan de vida (moralidad privada).

¹¹ En relación con la configuración de los derechos, para el profesor Peces-Barba (1994, pp. 626 y ss.) dicha pretensión de universalidad deberá predicarse tanto desde una racionalidad abstracta generalmente reconocida (punto de partida), como también del otorgamiento de derechos a favor de determinados grupos de la población en virtud del proceso de especificación (punto de llegada).

Cuando una pretensión ética de moralidad es plenamente exigible por cuanto es compatible con el sistema de valores esenciales de una sociedad democrática¹², es necesario que desde el Derecho se disponga de los instrumentos necesarios para garantizar que la elección del plan y de los medios para llevarlo a cabo sea realmente libre; es decir, que no esté predeterminada por factores externos (autonomía de la voluntad).

La oposición odiosa a la realización de un determinado proyecto de vida que jurídicamente resulte viable y por ende generalizable no solo se presenta cuando directamente se ponen trabas al desarrollo del mismo sino además cuando, desatendiendo ideales de justicia, se decide injustificadamente no promover su realización. Por lo tanto es necesario que la organización social, al promover condiciones de vida aceptables (mínimo existencial), se comprometa con la ejecución de los diferentes planes de florecimiento humano que tengan vocación de proyectarse socialmente a efectos de cumplir con el fin último de toda sociedad democrática: la libertad moral de sus miembros.

En ese sentido, señala Rawls:

(...) los ciudadanos en tanto que personas morales libres e iguales están en libertad de hacerse cargo de sus vidas, y (...) cada cual ha de adaptar su concepción del bien a la cuota equitativa de bienes primarios que puede esperar. Las únicas restricciones que se imponen a los planes de vida son que su cumplimiento sea compatible con los principios de justicia públicos y que las pretensiones puedan presentarse solo en relación con determinados tipos de cosas (bienes primarios) y en formas admitidas por esos principios (Rawls, 1986, p. 198).

Ahora bien, para que la elección de un determinado plan de vida se produzca en condiciones de igualdad, resulta pertinente reconocer que por circunstancias relevantes que el Derecho debe valorar previamente, no todas las personas concurren a la distribución de los bienes sociales en las mismas condiciones, lo que sitúa a algunas de ellas en posición de desventaja frente a las demás. En ese sentido, dicha distribución solamente será equitativa si se acepta que al interior de una comunidad no todas las personas demandan unas expectativas homogéneas de progreso (igualdad de oportunidades).

¹² De acuerdo con el profesor Peces-Barba (2004, pp. 73 y ss.), se trata de aquellos valores que conforman la ética pública de la modernidad y que se traduce en los ideales de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica.

En virtud del reconocimiento de la dignidad inherente y del respeto por la diferencia, cada sujeto

(...) merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de libertad e igualdad (Alegre, 1996, p. 19).

En ese orden de ideas, para que la formulación de los derechos se base en una moralidad generalizable es necesario que se incluya la *diferencia* como elemento nuclear de la dignidad humana. En ese sentido, “(...) una sociedad auténticamente igualitaria es aquella que adopta un criterio positivo respecto de las diferencias humanas y las tiene en cuenta de forma positiva” (Quinn y Degener, 2002, p. 13).

Contrariamente a lo que podría suponerse, el paradigma de la democracia plantea un escenario conflictual debido a que su plataforma ideológica no gravita en torno a la idea de unidad identitaria sino a la del respeto por la diversidad. Por ese motivo, la propuesta democrática no debe encaminarse a la homogeneización de los anhelos de la sociedad¹³ sino a la fijación de unos mínimos de convivencia que permitan el desarrollo de los distintos proyectos individuales de vida¹⁴.

Ahora bien, habitualmente se han desestimado las elecciones vitales de las personas que integran los grupos marginados por el valor que la sociedad le asigna a cada individuo¹⁵, en virtud del aporte que realiza tanto en lo económico como en lo social. De ese modo, la dignidad ha terminado tasándose en función del beneficio que cada persona reporta según

¹³ En su concepción de ética pública Raz (2001, p. 133) defiende la teoría del pluralismo de valores, lo cual implica que “un gobierno dedicado al pluralismo y a la autonomía no pueda lograr que las personas sean buenas. Para ser autónomas, deben escoger sus propias vidas por sí mismas”. Por su parte, Michael Sandel (2008, p. 23) sostiene que “el Estado no debería ratificar –con sus políticas o sus leyes– ninguna concepción determinada de la vida buena, sino proporcionar un marco neutral de derechos, dentro del cual las personas puedan escoger sus propios valores y fines”. No obstante, más adelante este mismo autor, al describir las dimensiones de la libertad dentro de la realidad política norteamericana, se decanta por el modelo republicano reconociendo que la libertad significa compartir el autogobierno, lo cual exige que la comunidad política no pueda ser neutral frente a las virtudes cívicas (Sandel, 2008, pp. 24 y ss.).

¹⁴ Raz (2001, pp. 132 y ss.) hace referencia a la “vida de autodefinición” que consiste en tener opciones libres entre una pluralidad de actividades y objetivos.

¹⁵ Señala Goffman (1986, pp.12 y ss.) que cuando un individuo demuestra ser dueño de un atributo que lo vuelve diferente de los demás, puede dejar de ser considerado como alguien común y corriente para quedar reducido a la condición de ser menospreciado, lo que conlleva una idea de falla o defecto.

los intereses socialmente relevantes. Obviamente, esta visión pragmática de la dignidad ha generado efectos adversos a quienes por una u otra razón han estado excluidos de la estructura productiva; entre ellos, las personas en situación de discapacidad.

Independientemente del modelo de justicia que se asuma, el contenido axiológico de dicho modelo reivindicará el valor de la diferencia si realmente es incluyente, esto es, si recoge dentro de sus formulaciones las pretensiones de dignidad de los grupos históricamente marginados quienes, al permanecer en un escenario que ha sido pensado en clave de utilidad (Quinn y Degener, 2002, pp. 12 y ss.), no pueden optar libremente por un proyecto moral de vida, lo que de suyo supone el desconocimiento de los valores de la ética pública de la modernidad¹⁶.

Incluir la diferencia en el componente de la dignidad implicaría dejar de otorgar la titularidad de los derechos en función de un criterio unidimensional, al conceder relevancia moral a las diversas opciones vitales de elegibilidad y reconocerles vocación de generalidad. También supondría desistir de la idea de asociar la discapacidad con la falta de competencia para el desarrollo del espíritu humano (Quinn y Degener, 2002, pp. 13 y ss.); se dejaría entonces de tratar a las personas como objetos de protección y se les dejaría participar en el discurso moral. Pero además permitiría maximizar el contenido sustancial de la igualdad.

De este modo,

(...) considerar a las personas con discapacidad como sujetos de dignidad tiene una consecuencia específica muy importante. Desde el punto de vista de los derechos humanos, lo que nos da a todos la igualdad sustancial de la que se desprende después la obligación de igualarnos todo lo posible en la realidad es precisamente la condición de dignidad: todos somos sujetos de igual dignidad (Etxeberría, 2005, p. 46).

Pese a que en la actualidad se concibe la dignidad como un valor inherente al ser humano, aún persiste un claro distanciamiento entre la teoría de los derechos y las normas que

¹⁶ Para Peces-Barba (2004, pp. 72 y ss.), lo que busca la ética pública es establecer las condiciones necesarias para que los ámbitos del Poder y del Derecho se abran a la realización de los diversos proyectos de vida.

recogen las pretensiones éticas de las personas en situación de discapacidad. Esto obedece quizás a que

(...) por un lado, la teoría de los derechos (sobre todo la que trata cuestiones de fundamentación) no ha tratado suficientemente la cuestión de la discapacidad y, por otro, la regulación jurídica de dicha materia (incluso también el tratamiento social), se ha elaborado a espaldas de la teoría de los derechos (De Asís, 2004, p. 60).

1.3. La proyección de la dignidad humana y la protección de los derechos en el Estado Social de Derecho

Tras la caída del Antiguo Régimen y la implantación de las democracias constitucionales, la relación de poder entre gobernantes y gobernados adquiere nuevas connotaciones. Cabe destacar que el Estado de Derecho es aquel modelo de organización política que reconoce los derechos en documentos de carácter público y que además establece reglas de procedimiento para controlar la actuación de todas las instancias del Poder.

De acuerdo con las posturas liberales que predominaron en los siglos XVII y XVIII en Europa, los derechos surgen como medios de defensa de los ciudadanos para evitar los excesos y abusos provenientes de la autoridad. Así, las libertades fundamentales adquieren una doble naturaleza: emergen como límites externos al Poder (no intervención del Estado) y como límites internos al mismo (legitiman la actuación del Estado).

Según la concepción decimonónica del Poder político, la intervención del Estado en la esfera privada se justifica solo en la medida en que dicha intervención favorezca el desarrollo individual de los particulares. No era fortuito que el artículo cuarto (4º) de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 dispusiese:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley.

Después de las revoluciones liberales los derechos se constituyen en la carta de navegación de la actividad estatal. Debido al carácter individual y antropocéntrico de los procesos reivindicatorios, la cuestión relativa a la titularidad de los derechos ocupa un lugar destacado dentro de la nueva cultura jurídica. Esto conlleva a que inicialmente las libertades fundamentales adopten en el mundo jurídico la forma de derechos subjetivos. Así pues, a la dimensión política del Derecho, esto es: a la obligación de no interferencia en los asuntos privados que le corresponde al Estado, se suma ahora una dimensión jurídica, con lo cual los derechos funcionan también como facultades o prerrogativas que se les conceden a los sujetos individualmente considerados para exigir del órgano estatal dicho deber de abstención.

Ahora bien: en la medida en que la arquitectura originaria del Estado liberal no cumple con las exigencias de dignidad de todos los grupos sociales,¹⁷ resulta ineludible replantear los postulados doctrinales sobre los cuales se asienta dicha construcción liberal. Lo anterior por cuanto se concibe que la satisfacción de los derechos y de las libertades fundamentales no depende única y exclusivamente de la posición pasiva y neutral que asuma el poder estatal frente a sus ciudadanos sino que, por el contrario, se entiende que la injerencia de aquel en las relaciones sociales resulta en ocasiones decisiva para el cumplimiento de los fines y objetivos para los cuales fue constituido.

Como bien lo señala Villar Borda,

El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real (Villar, 2007, p. 83).

Surge entonces el Estado social de Derecho como el principal promotor de las aspiraciones sociales y como catalizador de las necesidades específicas de la población. Esta nueva forma de intervención de los poderes públicos en las diversas esferas de la sociedad

¹⁷ Tal como lo señala Manuel García-Pelayo (1999, p. 160), en el fondo lo que buscaba la nueva versión del Estado de Derecho no era tanto defender unos derechos políticos legalmente asentados “(...) sino unos derechos privados, los ‘derechos adquiridos’, y para lo cual trata de reducir al mínimo la discreción administrativa”.

adquiere plena legitimidad, en tanto que a través de la misma se procura corregir las desigualdades y los desequilibrios que se crean en la colectividad, para así evitar que dicha alteración en las estructuras sociales redunde en detrimento de las propias libertades individuales.

A pesar de que este último se sustenta sobre la misma base ideológica del modelo clásico de Estado de Derecho (imperio de la ley, separación de poderes, control judicial de la administración y reconocimiento de los derechos civiles y políticos) (Díaz, 1998, pp. 203 y ss.), el modelo de Estado social redefine las notas características de aquel y acentúa su legitimidad en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸.

En virtud de este nuevo modelo de organización estatal empieza a aceptarse la presencia expansiva del Poder político en los diferentes escenarios de la colectividad, incluso en aquellos ámbitos que antes le estaban completamente vedados, con lo cual el Estado pasa de ser un mero guardián y vigilante de las libertades individuales a convertirse en el principal promotor de desarrollo de la sociedad¹⁹. Así pues,

(...) lo que diferenciaría el modelo liberal del modelo social sería el catálogo de derechos que uno y otro recogen, lo que a su vez se traduce en una distinta concepción de cuáles son las funciones que corresponden a los poderes públicos (Rey, 2007, p. 33).

Según García Pelayo, desde el punto de vista de la actividad socioeconómica esta nueva visión del Poder no necesariamente supone un cambio en la titularidad de los medios de producción, sino un cambio en la forma de distribución de lo que se produce. Este autor identifica, pues, al Estado social como

¹⁸ Para Aragón Reyes (1995, pp. 123 y ss.), el Estado social no es propiamente una nueva forma de Estado, sino que es una modalidad de la forma Estado democrático de Derecho. Entiende que la diferencia entre uno y otro no está en la estructura sino en los objetivos que uno y otro persiguen.

¹⁹ Respecto a las diferencias entre el Estado tradicional y el Estado social de Derecho, García-Pelayo describe: “mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva. Mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenidos, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma; mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material; mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos — derechos individuales, principio de legalidad, división de poderes, etc.— en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado” (García-Pelayo, 1977, pp. 26-27).

(...) la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no solo se trata de distribuir potestades o derechos formales o premios y castigos ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución de bienes y servicios económicos (García-Pelayo, 1982, p. 31).

Esta nueva faceta estatal comporta dos nuevas situaciones para el tema de los derechos. Por un lado, supone la incorporación al Derecho de nuevas exigencias éticas de dignidad (derechos sociales fundamentales) (Villar, 2007, pp. 82 y ss.), que ya no se fundan exclusivamente en la idea de libertad sino también en la idea de igualdad material y dignidad humana.

Por otro lado, conlleva a que el Estado asuma una posición de garante respecto del cumplimiento efectivo de dichas exigencias de moralidad (función promocional). En últimas, lo que viene a caracterizar al modelo de Estado Social es “(...) el reconocimiento de los derechos sociales como auténticos derechos y no meramente como principios programáticos” (Rey, 2007, p. 35).

Así pues, la fórmula Estado social de Derecho²⁰ busca conciliar la idea de libertad e igualdad a través del logro de la justicia material.²¹ En otras palabras, busca crear las condiciones para hacer realidad aquel contenido de los derechos civiles y políticos que en el Estado de Derecho solo tenía enunciación formal.

Por su parte, los derechos económicos y sociales son expresión de la dimensión material de la igualdad, al tiempo que se constituyen en prerrogativas indispensables para el logro de esta. Dicha dimensión de la igualdad conlleva brindar un trato diferenciado a las personas que se encuentren en posición de desventaja para así garantizar el disfrute generalizado de los derechos en condiciones de dignidad. Sobre esto último se volverá más adelante,

²⁰ Para García-Pelayo (1977, p. 94) se trata de una fórmula que no se agota con la sumatoria de cada uno de los componentes, sino que debe verse como la integración de los mismos en una unidad conceptual.

²¹ Según el tratadista Manuel Aragón (1995, p. 122), el Estado social “pretende mantener un equilibrio entre la libertad y la igualdad, equilibrio en permanente tensión y por ello dinámico y no estático, susceptible de constantes modificaciones e interpretaciones, como es lo propio de una forma política basada en la democracia pluralista”.

cuando se haga referencia al tema específico de la igualdad como criterio de diferenciación.

La definición del Estado como social de Derecho comporta²², entonces, el establecimiento de unas condiciones mínimas de existencia que permita a los coasociados el disfrute efectivo de sus derechos y libertades fundamentales. Tal como lo señala Ernesto Benda, “(...) su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona” (Benda, 1996, p. 533).

Este esquema organizacional se centra en la idea de “igualdad material”, desde donde se procura garantizar que cada sujeto cuente con opciones reales para escoger y llevar a cabo, de manera libre e independiente, un plan moral de vida. Para ello es necesario que dicha dimensión de la igualdad se visualice tanto en el momento de la elección del plan (igualdad en el punto de partida) como en el momento de su realización (igualdad en el punto de llegada).

En el Estado social los derechos dejan de verse simplemente como facultades que aseguran posiciones jurídicas subjetivas (derechos subjetivos) y pasan a considerarse como instrumentos que permiten reclamar del Estado condiciones objetivas de existencia, de manera que se facilite a los ciudadanos el ejercicio de sus libertades en igualdad de condiciones.

En definitiva, lo que se promueve a través de esta forma de organización es que la libertad defendida por los derechos civiles y políticos y que se estructura sobre la base de la libertad sea igual para todos. En ese sentido, si se plantea el surgimiento del Estado Social

(...) como una mutación en las funciones atribuidas al Estado de Derecho y si, desde la perspectiva que estamos manteniendo, la finalidad última de este tipo de Estado es la realización de la Dignidad Humana que se expresa en derechos, bien podemos afirmar también que el origen del Estado Social se encuentra en la aparición de nuevos derechos. Ya no se trata únicamente de limitar en forma negativa al Estado, ahora se le imponen también obligaciones” (Barranco, 2004b, p. 103).

²² El profesor Manuel Aragón (1995, pp. 122 y ss.) destaca el problema para definir el Estado social por la sustancial relatividad en que se encuentra asentado.

En conclusión, bajo este nuevo esquema de organización política el Estado asume el compromiso de llevar a cabo los objetivos sociales y de promover la realización de los derechos. Estos, a su vez, devienen en instrumentos de índole social y política que favorecen el ejercicio de las libertades y que permiten la realización de aquellos proyectos de vida que se funden en la idea de *igualdad en la dignidad humana*.

2. Discapacidad y teorías de la justicia

Las teorías de la justicia no siempre han incorporado el discurso de la discapacidad²³. En un primer momento, las ideas acerca de la justicia llegaron a estar vinculadas a la máxima de la “desigualdad natural entre los hombres”²⁴, por lo que las consideraciones en torno al individuo giraban en función a quiénes eran vistos como iguales, quedando rezagados, en un plano diferente, los que eran vistos como desiguales.

La discapacidad ha llegado a ser una cuestión también desestimada por muchas de las doctrinas que se autoproclaman como liberales. Otras la han asumido para justificar la intervención estatal. Incluso algunas corrientes utilitaristas han negado la idea de igual dignidad de las personas con discapacidad²⁵.

El mismo Stuart Mill, filósofo y economista inglés, ha condicionado su discurso sobre la libertad a la tenencia de ciertas cualidades. Este autor ha subrayado lo siguiente: “apenas si es necesario decir que esta doctrina no alcanza más que a los seres humanos que se hallen en la madurez de sus facultades” (Mill, 2016, p. 20).

La discapacidad es una cuestión que solo hasta hace relativamente poco empieza a tomar fuerza dentro de las concepciones de justicia —desde las vertientes ética, política, económica— y también dentro de las teorías de los derechos.

²³ La discapacidad tampoco ha sido objeto de preocupación teórica dentro del campo de la sociología. Oliver (1998, p. 34) encuentra explicación en que siempre se ha entendido la discapacidad como un problema de carácter estrictamente individual.

²⁴ Según la fórmula aristotélica: “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Aristóteles, 1999, p. 83).

²⁵ Algunas doctrinas de corte utilitarista asocian la dignidad con la capacidad del ser humano de maximizar el placer, considerando como valiosa solamente aquella vida que es “moralmente útil”.

Con el propósito de revisar algunos cauces que se le han dado al tema de la discapacidad desde algunas teorías recientes de la justicia, se hará mención a tres posturas concretas: la ética práctica de P. Singer; la justicia como equidad de J. Rawls; y el enfoque de las capacidades de M. Nussbaum.

Ciertamente, a través de este estudio no pretende abordarse la totalidad de las teorías existentes, sino que solamente se busca presentar algunos planteamientos específicos cuyas notas permitan evidenciar avances y retrocesos en la visión de la discapacidad a través de los modelos contemporáneos de justicia. La selección de las teorías responde a una cuestión metodológica, en atención a la identificación de una determinada línea de conexión conceptual y temporal.

2.1. La ética práctica de Singer

A través de un discurso basado en el carácter práctico de los resultados (neoutilitarismo), Singer intenta brindar una respuesta satisfactoria a los desafíos éticos y morales del mundo actual, al destacar la inaplicabilidad de la vieja ética o ética occidental, basada en la “santidad” de la vida humana (Singer, 1997, pp. 185 y ss.).

De acuerdo con esta nueva forma de razonamiento ético, la pertenencia a la especie humana no garantiza el estatus de persona, toda vez que dicha condición solo la adquieren los seres que son capaces de defender sus intereses²⁶, interactuar con otras personas, expresar sus deseos o tener preferencias sobre la continuidad de la vida (Singer, 1997, pp. 189 y ss.).

La ética práctica no se basa propiamente en una concepción del bien sino en la capacidad que tiene la persona para sentir dolor o placer. Dicha capacidad es justamente lo que distingue a la persona de los demás seres vivos, incluso de los seres humanos no

²⁶ Aunque Singer propone el principio de “igual consideración de intereses” como la fórmula adecuada para evitar manifestaciones de desigualdad, en atención al carácter relevante de los intereses de los demás, termina admitiendo que no todos los intereses pueden tener la misma entidad dentro del razonamiento práctico. Todo dependerá de la capacidad de sufrimiento y de la pertinencia del interés dentro de un contexto determinado (Singer, 1995, pp. 25 y ss.).

sentientes²⁷, categoría donde podrían incluirse, según lo indica el mismo autor, las personas con discapacidad intelectual congénita (Singer, 1995, p. 146).

Así pues, para esgrimir su teoría sobre la diferencia entre animales humanos y no humanos, el autor en comento de manera expresa indica que “(...) existen discapacitados intelectualmente que tienen menos derecho a que se les considere conscientes de sí mismos o autónomos que muchos animales no humanos” (Singer, 1995, p. 94).

El filósofo australiano busca matizar su discurso haciendo una distinción entre dos tipos de juicios sobre la discapacidad: los juicios acerca del valor moral de la persona y los juicios acerca de la calidad de vida. Bajo esa línea, no justifica que deba existir una diferente valoración entre la persona con o sin discapacidad, más allá de que esta última pueda llegar a concebirse como una opción de vida más deseable. Esto en virtud del argumento de la igual consideración de intereses entre seres de la misma especie, o incluso frente a seres de diferente especie que posean intereses (Singer, 2002, pp. 25 y ss.).

Singer advierte que su propuesta debe aplicarse a todos los miembros de la comunidad en tanto que el valor moral no depende de las capacidades; sin embargo, no esconde su preocupación por llegar a caer en el terreno de lo absurdo, por ejemplo, si se desestima el valor de cualidades tales como caminar, reflexionar, comprender o hablar. Incluso termina por aceptar que el principio de igual consideración de intereses no se aplica cuando las “capacidades intelectuales están muy limitadas” (Singer, 2002, p. 26).

Para dar respuesta a diferentes inquietudes que se plantean desde el campo de la bioética a propósito de las medidas para evitar la discapacidad, el autor esboza su propuesta de la siguiente manera:

No podemos negar la evidente verdad de que la mayoría de las personas, discapacitadas o no, preferirían no tener discapacidades y preferirían tener hijos sin discapacidades. Puede haber algunos miembros de la comunidad de los Sordos y algunas personas con acondroplasia que desacuerden en esto, y desde luego existe bastante gente con discapacidades intelectuales que son incapaces de expresar una opinión al respecto, pero,

²⁷ Para Singer, “(...) si un ser no es capaz de sufrir, o de experimentar gozo o felicidad, no existe nada para tener en cuenta” (1995, p. 72).

hasta donde alcanzo, los abogados de aquellos que usan silla de ruedas aceptan que sus defendidos estarían mucho mejor si pudieran andar” (Singer, 2002, pp. 27-28).

Lo anterior en línea con su discurso sobre ética práctica en virtud de lo cual la moralidad de la acción depende de la cantidad de placer que una medida le proporciona a una persona, o incluso de la cantidad de dolor que llega a evitarle²⁸, entendiendo el placer no en el sentido que le otorga el utilitarismo clásico, sino como aquello que favorece los intereses de los afectados (utilitarismo basado en los intereses) (Singer, 1995, p. 17).

Al aplicar la estructura del cálculo utilitario podría concluirse, según la ética singeriana, que una acción será buena, pues, cuando satisface el mayor número de preferencias al mayor número de seres humanos que están en condición de sentir.

2.2. La justicia como equidad según Rawls

Rawls, uno de los filósofos más influyentes del siglo XX, a través de su teoría distributiva de la justicia²⁹ trata de conciliar los principios de libertad e igualdad, con lo cual toma un importante distanciamiento frente a la doctrina utilitarista y en general frente al liberalismo clásico.

Aunque no incluye directamente el componente de la discapacidad³⁰, no obstante sus formulaciones permiten tener una aproximación a la visión ética y moral del ser humano y de la sociedad, todo lo cual se enmarca desde una determinada concepción de justicia, en tiempos actuales.

²⁸ En virtud de la doctrina singeriana, la muerte del ser humano con discapacidad congénita se justifica porque se trata de una acción orientada a reducir el sufrimiento (Singer, 1995, p. 224).

²⁹ Para Young, el concepto de ciudadanía liberal de Rawls puede crear una especie de identidad igualitaria que elimina las diferencias. También advierte, frente al discurso rawlsiano, que el problema de la justicia no se resuelve con la formulación de principios para la redistribución de los bienes sociales sino con la eliminación de los factores que generan opresión, entre los que destaca la explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia (Young, 2000, pp. 71 y ss.). Por su parte Taylor, desde una orilla comunitarista, también se aparta de la teoría de Rawls por considerarla individualista y aboga por la política de la diferencia; califica la falta de reconocimiento o el falso reconocimiento del grupo como una forma de injusticia o de opresión Taylor, 2009, pp. 53 y ss.).

³⁰ Rawls no se preocupa por incluir expresamente dentro de sus planteos la cuestión de la discapacidad en tanto que asume que solamente algunos individuos dispersos carecen de la capacidad de un sentido de justicia (Rawls, 2010, p. 457).

Su teoría de la justicia como equidad establece una base para el razonamiento y el entendimiento político dentro de la denominada cultura pública. A partir de esto, según este autor, el papel que juega la justicia es intentar hacer aceptables los fines e instituciones en función de las personas. La manera en que se logra esto es identificando a las instituciones sociales que son admisibles y las formas en que éstas podrían ser articuladas. Aunque la experiencia ha demostrado que no existe un acuerdo tal que permita que dicha articulación siempre resulte ajustada a las necesidades de libertad e igualdad de los ciudadanos (Rawls, 2013, p. 209).

Rawls busca una conexión entre el contenido de la justicia con una determinada concepción de persona³¹ en la que los individuos son considerados como libres e iguales, también como capaces de actuar razonable y racionalmente, de modo que se pueda obtener un resultado de cooperación social entre las personas (Rawls, 2013, p. 212).

Para este autor es preciso contar con una determinada interpretación de la libertad y de la igualdad que tenga en cuenta las raíces de las nociones que son fundamentales en la vida política y, ciertamente, que sea acorde con la concepción de persona. Esto es de suma relevancia, toda vez que la justicia como equidad intenta sacar a flote las ideas de libertad e igualdad junto con las concepciones de cooperación social ideal y de persona, para formar así una “concepción-modelo”. Cuando dichos componentes se articulen con los principios de justicia viables se podrá llegar a un entendimiento acerca de la teoría de la justicia como equidad (Rawls, 2013, pp. 213-214).

Las dos concepciones-modelo que Rawls considera son las de sociedad bien ordenada y la de persona moral. El propósito de ellas es obtener un entendimiento de la persona misma y de su relación con la sociedad. Estos conceptos representan rasgos generales de una sociedad donde sus miembros se ven a sí mismos y a los lazos que los unen con los demás. En este sentido la posición original juega un papel de tercera mediadora, toda vez que busca establecer una conexión entre la concepción de persona y los principios de justicia presentes en las relaciones entre ciudadanos (Rawls, 2013, p. 214).

³¹ Para Rawls la “personalidad moral” deriva de la posesión de ciertas capacidades naturales del individuo, tales como el sentido de justicia o el sentido del propio bien, lo que constituye la base de la igualdad humana. Singer, no obstante, discrepa del planteo rawlsiano al destacar la imposibilidad de encontrar una propiedad moralmente significativa que posean todos los seres humanos por igual. A su juicio, algunos seres humanos como los niños pequeños o los seres humanos con discapacidad intelectual carecerían de dicho sentido de moralidad (Singer, 1995, pp. 22 y ss.).

Las partes que se encuentran en la posición original se ven como “agentes de construcción racionalmente autónomos”, lo que se considera una calidad esencial para obtener una sociedad bien ordenada. Aquí se revela la existencia de un contraste entre la autonomía racional de las partes con la autonomía plena de los ciudadanos. A saber, la primera de ellas es una noción relativa, en cierta medida acorde con la teoría de los imperativos hipotéticos kantianos. La segunda es aquella que poseen los ciudadanos en su vida cotidiana, y a partir de la cual piensan de determinada manera, actuando sobre la base de los principios de justicia que ya fueron acordados (Rawls, 2013, p. 214).

Para este autor resulta esencial que en la posición original se delimite claramente la noción de personas como libres e iguales, así como la distinción existente entre autonomía racional y plena. De no ser así, la posición original no puede cumplir con su tarea de crear una conexión entre la concepción de persona con los primeros principios definidos (Rawls, 2013, p. 216).

La justicia como equidad plantea que la mejor justicia para la sociedad democrática es aquella en la que los ciudadanos adopten una situación equitativa entre ellos, donde los representen personas libres e iguales. Para asegurar que la posición original constituya un escenario equitativo es preciso que en el momento de adoptar aquellos principios que regirán la estructura básica, las partes no tengan acceso a determinada información; que se encuentren cobijadas por un “velo de ignorancia”. De no ser así, las partes podrían obtener ventajas de la negociación que no serían equitativas y, en últimas, el acuerdo pretendido se afectaría (Rawls, 2013, p. 216).

Señala Rawls que en la posición original se encuentra contenido el nivel más alto de la justicia procedimental pura, que se enfoca en explicar cómo las partes, consideradas agentes de construcción racionales, son a su vez autónomas. En ese sentido, los principios de justicia se construyen a través de un proceso de deliberación que realizan las partes en la posición original. En esta deliberación las partes no aplican ni se entienden vinculadas por ningún principio que se haya creado con anterioridad (Rawls, 2013, p. 217).

Los ciudadanos poseen determinada concepción del bien, sobre la cual plantean las pretensiones que se convertirán en las instituciones sociales comunes. En otras palabras,

las partes en la posición original representan a otras que tienen ciertos intereses. Las personas se definen por dos características: la primera, que tienen la capacidad de entender, aplicar y actuar conforme a los principios de justicia; la segunda, su capacidad para “formar, revisar y perseguir” una determinada concepción del bien (Rawls, 2013, p. 218).

Rawls destaca la noción de autonomía plena, señalando que se logra cuando se afirman los primeros principios en la posición original, admitiendo que estos se adoptan según dicta el sentido de justicia. Para lograr explicar el concepto de autonomía plena, este autor recurre al concepto de cooperación social, que tiene dos elementos: el primero identifica un componente “equitativo”, según el cual se espera que cada persona esté de acuerdo con lo que aceptan los demás. El segundo identifica un componente “racional”, toda vez que se expresa un provecho racional de cada persona (Rawls, 2013, p. 221).

Siguiendo con este autor, lo que es razonable es lo que determina los rangos equitativos de cooperación que serán aceptables para todos en un grupo social. En la posición original lo razonable se expresa a través de restricciones presentes en las deliberaciones de las partes. Lo razonable queda representado en los principios de justicia, que a su vez se aplican a la estructura básica de la sociedad bien ordenada (Rawls, 2013, p. 223).

La sociedad bien ordenada se justifica en los principios de la justicia (que son resultado de la posición original), a partir de los cuales los ciudadanos se perciben como libres e iguales y pueden expresar su autonomía. Los ciudadanos de una sociedad bien ordenada actúan a partir de algún deseo; el punto importante aquí es por qué tipo de deseo se actúa y cómo se relaciona con el sujeto, para que así se otorgue una prioridad según los principios de la justicia y la concepción de persona (Rawls, 2013, pp. 225-226).

Para Rawls los principios de la justicia se aplican a todas las instituciones básicas de la sociedad, normalmente a través de algún mecanismo de coerción jurídica. Así se logra el objetivo de moldear el carácter de los miembros de la sociedad. Cuando existen las consecuencias coactivas se sabe que estas influyen en la conciencia de las personas, de modo que las instituciones se ponen bajo el lente del examen público; allí las personas dan cuenta de sus creencias y por ende refuerzan el entendimiento grupal (Rawls, 2013, p. 231).

La libertad y la igualdad están representadas formalmente en la posición original. El sentido formal de la justicia sostiene que los miembros de la sociedad, tras considerar todas las opciones, pueden seguir aquella que consideren la más razonable. Esto se fija en el acuerdo a través de una condición de buena fe (Rawls, 2013, p. 239).

Para este autor, la representación de la libertad se refleja en la manera como las partes se decantan por priorizar las condiciones sociales necesarias para la realización de sus fines supremos, todo a pesar de las restricciones impuestas por el velo de la ignorancia. La representación de la igualdad es más sencilla, toda vez que describe a las partes de igual manera y en igual situación, señalando que tienen iguales facultades y derechos en el procedimiento del acuerdo (Rawls, 2013, pp. 240-242).

La concepción de la justicia que se aplicará a la estructura básica será la de un sistema de cooperación, en el que los ciudadanos como personas libres e iguales contribuyen³², y también respetan las restricciones a la cooperación social en beneficio de todos. La cooperación social es un término equitativo que puede esperarse de todas las personas en el curso de sus vidas. Por lo anterior, cuando se va a formular una concepción de la justicia, se inicia por considerar a todas las personas como movidas por intereses supremos: “la capacidad de un sentido de lo recto y de la justicia”, según la cual se está en capacidad de respetar los términos de cooperación equitativos, y “la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien”. Es por esto que en la concepción de persona se otorga la capacidad (y el deseo) de cooperar con los demás, lo cual implica que se ajusten los parámetros de búsqueda del propio bien (Rawls, 2013, p. 269).

Para emplear los bienes primarios es necesario tener presente que se da por sentado que la persona tiene una capacidad de asumir la responsabilidad por sus fines. Usar efectivamente los bienes primarios presupone también que la concepción de persona se encuentra en la base, como un ideal subyacente a los principios públicos de justicia (Rawls, 2013, p. 273).

³² Como lo señalan Silvers y Ashley (2007, p. 1616) desde la teoría del contrato social –entendida como un proceso de negociación para la obtención de ventajas mutuas–, las personas con discapacidad son retratadas como un problema para la justicia porque sus contribuciones son insuficientes para satisfacer sus necesidades, de tal modo que no se perciben como verdaderas cooperadoras.

2.3 El enfoque de las capacidades según Nussbaum

La teoría de Rawls no está exenta de reparos. Martha Nussbaum brinda una respuesta a dichos planteamientos a través de una propuesta denominada “el enfoque de las capacidades”³³.

A través del enfoque de las capacidades la autora, al igual que Rawls, busca confrontar la visión utilitarista de la justicia, al tiempo que realiza una crítica a las teorías de justicia social que predominan en la actualidad, incluso a la propia doctrina de Rawls³⁴, a la que reconoce, no obstante, grandes avances.

La autora basa su línea de fundamentación en una ética que subyace del discurso aristotélico, destacando la importancia de los hábitos, la educación, los afectos, la afiliación humana y el cariño familiar (Nussbaum, 2012, p. 41), entre otros, en el razonamiento práctico, y asume que la mejor forma de organización política debe incluir una concepción del bien o de lo que es valioso en la vida.

Dadas las dificultades que según esta autora plantea el discurso de los derechos humanos por la falta de consenso sobre cuestiones relativas a su fundamento, sugiere el lenguaje de las capacidades porque entiende que desde esta perspectiva el reconocimiento de derechos solamente tiene como presupuesto la existencia del ser humano, sin que se condicionen los criterios de distribución de los derechos a ciertas capacidades básicas o incluso al talento individual.

El enfoque de las capacidades no centra el análisis en el bienestar de la sociedad sino que supone una aproximación a la evaluación de las posibilidades particulares disponibles, entendiendo que cada persona es un fin en sí mismo. “Es, por lo tanto, un enfoque comprometido con el respeto a las facultades de autodefinición de las personas” (Nussbaum, 2012, p. 38).

³³ El enfoque de las capacidades también es desarrollado por Amartya Sen en el plano de la economía política.

³⁴ Para Javier Románach (2009, p. 18), el aporte de Nussbaum visibiliza la cuestión de la discapacidad en la agenda de la filosofía moral y política al tiempo que “pone de relieve que las teorías de la justicia elaboradas hasta ahora en Occidente, que partían principalmente del contrato social de Rousseau y cuyo máximo exponente en los últimos tiempos es John Rawls, se demuestran insuficientes para dar soluciones de justicia a la realidad de la diversidad funcional”.

Desde el punto de vista político, el enfoque de las capacidades se orienta a la búsqueda de los valores que la autora considera necesarios para el buen vivir³⁵. El fin de la organización política es, pues, hacer que las personas sean capaces de vivir bien. Por eso, previamente se debe saber cuáles son las funciones relevantes o bienes básicos para el desarrollo de la humanidad plena e igual (florecimiento humano).

La doctrina sobre el buen vivir busca brindar argumentos para la distribución de las capacidades, que tienen un valor intrínseco, definiendo a su vez un marco de actuación para las instituciones políticas: deberán garantizar un nivel mínimo de condiciones materiales e institucionales de tal manera que se favorezca una vida buena. De ese modo, una sociedad será justa si garantiza un mínimo (umbral) de capacidades centrales.

De acuerdo con su concepción universal de las capacidades centrales humanas y de su visión de la vida que es merecedora de la dignidad³⁶, la autora propone una lista de capacidades básicas en atención a su relevancia, destacando que las capacidades que tienen una importancia central para las personas se diferencian cualitativamente entre sí y no solo cuantitativamente, agregando que las capacidades no pueden reducirse a una escala numérica y que “(...) una parte fundamental de su adecuada comprensión y producción pasa por entender la naturaleza específica de cada una de ellas” (Nussbaum, 2012, p. 38).

Las capacidades centrales que sugiere son: vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno (Nussbaum, 2012, pp. 563 y ss).

Desde el enfoque de las capacidades cabe preguntarse “qué es capaz de hacer y de ser cada persona” (Nussbaum, 2012, p. 38). Para la mencionada autora, las capacidades combinadas, tal como ella misma las denomina, son oportunidades para poder elegir y

³⁵ De acuerdo con el principio de las “capacidades básicas”, desarrollado por Raz, es necesario promover las condiciones mínimas para que las personas puedan lograr aquellos objetivos que tengan la entidad suficiente para construir una vida plena, aceptándose que no necesariamente se requieren todas las capacidades pero sí las suficientes y necesarias para alcanzar los objetivos valiosos (Raz, 2001, pp. 29 y ss.).

³⁶ Según Raz no es posible que exista una única forma de vida buena o de buen vivir porque todo depende de la acción correcta o de los objetivos que cada persona se traza. En últimas, el bienestar depende del éxito de las actividades consideradas como valiosas, lo cual “no reside exclusivamente en su valor moral, ni se trata de algo que pueda juzgarse o dilucidarse con independencia de nuestra concepción de qué buena vida, la cual nos señala qué formas de vida resultan valiosas y qué actividades contribuyen a éstas” (Raz, 2001, p. 17).

actuar. En ese sentido, no traducen “simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico” (Nussbaum, 2012, p. 40).

Para la autora en comento las características de una persona, o lo que ella denomina capacidades internas o estados de la persona (rasgos de la personalidad, estado de salud, habilidades de percepción, aprendizaje interiorizado, etc.), son relevantes para el desarrollo de las capacidades combinadas, aunque no son determinantes. Estas serían, pues, la suma de las capacidades internas y las condiciones externas (factores sociales, económicos, políticos, culturales, etc.). En ese orden de ideas, la función de la sociedad es la potenciar las capacidades individuales³⁷, que en todo caso no son inmutables ni fijas, a efectos de promover las capacidades humanas más relevantes (Nussbaum, 2012, p. 41).

Desde el enfoque de las capacidades se concibe que un funcionamiento es la realización activa, o el producto de una o más capacidades (Nussbaum, 2012, p. 44). Así pues, no son los funcionamientos los que determinan la libertad de elección del ser humano, sino la capacidad de ejercerlos³⁸. Las capacidades son, pues, importantes, en la medida que puedan traducirse en funcionamientos (Nussbaum, 2012, pp. 44 y ss.).

A través de la educación se pueden fortalecer los lazos que promueven la unión entre seres humanos (amor, compasión, humanidad, etc.). El contractualismo explica que la unión de los individuos para llegar a acuerdos se da por el beneficio mutuo y los recursos (Nussbaum, 2007, pp. 119 y ss.). De ese modo, a través de su libro *Fronteras para la Justicia*, critica la doctrina de Rawls por cuanto pasa por alto el hecho de que no todas las personas tienen las mismas condiciones para convertir recursos en funcionamientos valiosos.

³⁷ Para Raz, lo importante en sí no sería potenciar las capacidades individuales sino garantizar las capacidades mínimas para alcanzar todos o casi todos los objetivos valiosos, lo cual incluye la aptitud mental para formar y juzgar objetivos y relaciones (Raz, 2001, pp. 29 y ss.).

³⁸ A pesar de los avances que presenta la teoría de Nussbaum frente al tratamiento de la discapacidad, desde el punto de vista moral plantea algunos inconvenientes por tratar de vincular la vida humana plena al ejercicio de lo que la autora denomina “capacidades básicas centrales”, lo cual no deja de encubrir, en el fondo, cierto amago de perfeccionismo. Tal como lo apunta Patricia Cuenca, “la consideración de las capacidades básicas como elementos definitorios de una vida humana digna puede suponer, al final, un menor respeto a la dignidad de aquellos sujetos que no las poseen” (Cuenca, 2012b, p. 111).

La autora reconoce los avances de las posturas del contrato social en la concepción política del individuo y en la construcción de las teorías de justicia social. Sin embargo, cuestiona la doctrina contractualista por cuanto parte del mito del ciudadano normal, independiente y productivo (Nussbaum, 2007, p. 120), desde el cual se presume que todas las personas se encuentran en las mismas condiciones y se desestiman las pretensiones de las personas que se encuentran en posición de desventaja, con necesidades y capacidades diferentes³⁹.

Precisamente el enfoque de las capacidades sugiere que el criterio que permite reconocer la dignidad para todas las personas en igualdad de condiciones es la pertenencia a la especie humana y no la contribución.

También lo cuestiona porque sujeta la ciudadanía a la capacidad del ser humano para intervenir en los acuerdos que permitan el beneficio mutuo; esto es, para definir los principios políticos básicos en el marco de la sociedad resultante.

Así pues, recalca que a pesar de que la teoría de Rawls concibe la ciudadanía como igualdad en la participación, en dichos acuerdos solamente pueden intervenir las personas que contribuyan al bienestar social —lo que se define en términos económicos—, quienes además son en fin de cuentas los mismos beneficiarios de la cooperación, lo que impide la participación de las personas que no tengan una posición favorable frente a la contribución.

Nussbaum analiza algunas situaciones de exclusión que las teorías de justicia social no han considerado previamente, entre ellas lo relativo a la discapacidad y sus cuidadores⁴⁰.

Incluso llega a deducir que desde las posturas tradicionales las personas con discapacidad no son sujetos de justicia básica por su falta de contribución y por no cumplir con los requisitos de ser humano (poderes y capacidades exigibles), lo que se ha constituido en presupuesto para un trato indigno y desigualitario.

La autora propone adoptar un nuevo punto de vista sobre el ser humano, y replantea algunos datos característicos de la doctrina contractualista de Rawls, como es lo relativo a

³⁹ En esa misma línea, Gauthier (1986, p. 18) sostiene que las personas que caen por debajo del nivel promedio de bienestar “no son parte de las relaciones morales fundadas por una teoría contractualista”.

⁴⁰ Las características del modelo propuesto por Nussbaum, a propósito del tratamiento de las “personas con deficiencias graves”, permiten situar dicho modelo dentro del enfoque médico o asistencialista. Romañach (2009, pp. 22 y ss.), al describir algunas de sus particularidades, destaca que bajo este enfoque la curación y la tutela se constituyen en elementos medulares para que el ser humano pueda funcionar de manera acorde a la lista de capacidades sugeridas.

la definición de los bienes primarios y la concepción de ciudadanía. Asimismo, indica que existen diferentes niveles de capacidades; que las personas en situación de discapacidad también pueden aportar en la sociedad cuando esta crea condiciones que así se lo permiten.

En las condiciones actuales, la falta de productividad no es algo que pueda atribuirse a la discapacidad sino que es producto de una organización social discriminatoria. Es necesario, entonces, que se generen condiciones adecuadas para que las personas en situación de discapacidad desarrollen las capacidades que les permitan alcanzar una vida valiosa.

Aunque acepta que la inclusión tiene un alto costo, la protección de las capacidades justifica el gasto en tanto que se debe buscar el desarrollo social del ser humano. No obstante, insiste en que, desde la teoría del beneficio mutuo donde participan seres racionales y normales, las personas con discapacidad no tendrían cabida.

Para la autora en comento, la capacidad no es solamente la posibilidad de hacer algo sino tener las condiciones para hacerlo. Extender la justicia para las personas con discapacidad implica potenciar las capacidades de tal manera que se brinden las condiciones para ejercer una ciudadanía activa⁴¹.

3 Discapacidad y derechos. El modelo social de la discapacidad (MSD)

Tal como se ha señalado previamente, una forma de organización política solo puede autoproclamarse como “social y democrática” cuando atiende ideales de justicia y equidad; esto es, cuando brinda las condiciones mínimas de existencia, permitiendo además a cada uno optar libremente por un determinado plan de florecimiento humano; así pues, solo en el marco de la libertad y de la igualdad es posible la materialización de la justicia material. Libertad e igualdad son términos perfectamente compatibles, no excluyentes⁴², y se

⁴¹ No obstante el carácter emancipador de la teoría, podría advertirse que las pretensiones de dignidad de una persona que tenga dificultades para alcanzar el umbral mínimo de las capacidades de la lista que propone la autora, posiblemente termine excediendo sus propias previsiones de justicia, que se sustenta en la idea de garantizar a todas las personas el ejercicio de una ciudadanía activa (Corrado, 2008, pp. 15 y ss.).

⁴² Es importante precisar que el equilibrio entre libertad e igualdad no es una cuestión que pueda resolverse exclusivamente desde el ámbito de lo jurídico. Como bien lo señala Aragón Reyes (1995, XI) es sobre todo un problema político.

constituyen en referentes axiológicos de toda sociedad que tiene como fin último el reconocimiento de la dignidad humana.

En términos generales, *la libertad* es la posibilidad que tiene el ser humano de orientar su voluntad hacia un determinado fin. Por lo tanto, es “(...) una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social, a través del Derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana” (Peces-Barba, 1999, p. 228). Norberto Bobbio distingue dos tipos de libertad: la libertad positiva y la libertad negativa. La primera designa un atributo especial de la voluntad que conduce a la potestad de tomar decisiones libremente sin que otras voluntades la determinen. La segunda comporta la posibilidad que tiene un sujeto de no ser impedido ni constreñido para hacer o no hacer algo en contra de su voluntad (Bobbio, 1993, pp. 97 y ss.).

Una distinción similar realiza Isaiah Berlin, quien afirma que la libertad positiva supone el ejercicio de la voluntad que conduce a la plena autorrealización. En palabras de este autor, es “la libertad que consiste en ser dueño de sí mismo” (Berlin, 1998, p. 232). Por su parte, la libertad negativa comporta para Berlin la ausencia de restricciones al ejercicio de la voluntad. Para el mencionado autor, esta forma de libertad consiste, en últimas, “en que otros hombres no me impidan decidir como quiera” (Berlin, 1998, p. 232). No obstante lo anterior, Berlin también hace énfasis en que se trata de una potestad que no puede ser ilimitada porque de ese modo los hombres terminarían sacrificando otros valores también esenciales, haciéndose necesario entonces recortar parte de las libertades. Desde esta perspectiva de análisis, la ley se constituiría en una interferencia necesaria para el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, el filósofo irlandés Philip Pettit brinda una propuesta adicional sobre la idea de libertad: efectúa una crítica a la doble dimensión de la libertad que propone Berlin, que considera reduccionista (Pettit, 1999, pp. 37 y ss.). También cuestiona la concepción política de la que parte, a propósito de la idea de autogobierno (libertad positiva) y de libertad como no interferencia (libertad negativa). Así, este autor, escapando a las críticas que se lanzan al liberalismo, sugiere una idea de libertad basada en la perspectiva republicana (no dominación arbitraria), desde donde se fomentan la supremacía de la ley y

la virtud cívica⁴³. Así pues, conforme con este planteo, solamente en virtud de la ley podría garantizarse un espacio adecuado para el ejercicio de las libertades.

Por su parte, el valor *igualdad* se constituye en el vehículo normativo que permite crear las condiciones necesarias para que al interior de la sociedad todas las personas, sin distinción alguna, puedan alcanzar satisfactoriamente sus pretensiones de libertad (autonomía moral), incluso cuando debido a circunstancias particulares no puedan hacerlo por sus propios medios. La igualdad, entonces, es un ideal que persigue la sociedad por intermedio del Derecho.

Según Norberto Bobbio, en el lenguaje político la igualdad tiene un significado emotivo positivo, y se constituye en un valor estructural de convivencia humana (Bobbio, 1993, p. 53). En palabras de este autor, “es una aspiración perenne de los hombres que viven en sociedad”. A pesar de ello Bobbio es consciente de la dificultad que entraña auscultar el significado descriptivo del término por su carácter indeterminado, indicando que ningún sentido tiene afirmar, en abstracto, que dos entidades son iguales si previamente no se define “de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales” (Bobbio, 1993, p. 53), destacando entonces la naturaleza relacional de la igualdad⁴⁴.

Ciertamente, la manera como la organización estatal recoge cada uno de estos componentes (libertad e igualdad) dentro de su plataforma política y normativa incide diametralmente en la manera como el edificio de los derechos logra satisfacer pretensiones morales al interior de una comunidad, en tanto que dichos valores son expresión directa de la dignidad humana.

Dado que existen diversas aproximaciones sobre la nociones de libertad y de igualdad, por cuanto el contenido de cada uno de estos elementos está determinado por múltiples factores (históricos, políticos, sociológicos, éticos, etc.), con el fin de partir de una idea básica por efectos metodológicos aquí se asumirá que la libertad es la posibilidad que tiene

⁴³ Sandel (2008, p. 25), diferenciando la concepción liberal de la republicana de la libertad, esgrime que esta última “exige una política formativa, una política que cultive en los ciudadanos las cualidades de carácter precisas para el autogobierno”.

⁴⁴ Es preciso convenir que la relación de igualdad o de desigualdad entre los seres humanos no está determinada por los hechos en sí, sino por la valoración normativa de los mismos (Laporta, 1985, pp. 3 y ss.).

cada individuo de elegir un plan de florecimiento humano. Por su parte, la igualdad es la condición que debe brindarse a cada quien para poder llevar a cabo dicha elección.

A continuación pasará a desarrollarse cada uno de los mencionados componentes en clave de la discapacidad para luego entrar a analizar cómo se formulan los mismos desde el denominado modelo social, asumido aquí como la propuesta adecuada para reconocer y garantizar los derechos de las personas en situación de discapacidad.

3.1. Autonomía y reconocimiento de la personalidad en el marco de la dignidad humana

Como ya se ha señalado, la autonomía como valor que indefectiblemente se asocia a la dignidad comporta un escenario previo de posibilidad de elección. De ese modo, “entraña la apertura de un espacio libre o sin restricciones para la acción voluntaria basada en la conciencia y las elecciones vitales libremente adoptadas de la persona, preservando al mismo tiempo una libertad comparable para los demás” (Quinn y Degener, 2002, p. 13).

Tradicionalmente la idea de dignidad se ha construido de cara a una dimensión estática o abstracta (inteligencia, voluntad, memoria, sensibilidad, etc.) y a una dimensión dinámica o relacional (posibilidad de interacción entre sujetos que están sometidos a su misma consideración) del ser humano, desde donde se define el concepto de “persona” como “sujeto que puede actuar libre y racionalmente” (Mateos, 2005, p. 76).

La dignidad es una noción que ha estado ligada a la personalidad del individuo definiendo los cauces de lo que puede llegar a considerarse como “forma de vida aceptada por los seres humanos” (De Asís, 2013, p. 37), lo que se ha perfilado a través del tiempo mediante caracteres estéticos y éticos. Los primeros se enfocan en el carácter que define a lo humano, en tanto que los segundos se fundan en los principios de capacidad, de responsabilidad, de autonomía, e independencia (De Asís, 2013, pp. 37-39).

De Asís presenta la conexión entre dichos componentes de la siguiente manera:

(...) autonomía implica posibilidad de tomar decisiones, posibilidad de actuar, de comunicarse y, sobre todo, de equivocarse. La autonomía se conecta con la independencia como aspiración, y ambas tienen como contrapartida la exigencia de responsabilidad que, a pesar de que suele presentarse como una carga, constituye de nuevo en sí una aspiración humana” (De Asís, 2013, p. 48).

Dicha aspiración se concretaría, según este autor, en la capacidad de ser responsable de las propias decisiones y actuaciones.

Siguiendo con este mismo autor,

La idea de los derechos humanos no se entiende fuera de ese marco. Por eso, el discurso de los derechos implica mantener un compromiso con la defensa de la integridad física y moral, la autonomía, la responsabilidad y la independencia. Apartar a ciertas personas de estos referentes no es sólo un ataque a sus derechos sino claramente a su dignidad y un entorpecimiento claro y directo del desarrollo de una vida humana digna (De Asís, 2013, p. 49).

Ahora bien, la manera como se ha dispuesto en la mayoría de los ordenamientos de tradición civilista para que los sujetos puedan interactuar en el tráfico jurídico teniendo acceso a los instrumentos e instituciones que promuevan, o al menos que permitan el desarrollo de un plan aceptable de vida, se denomina “personalidad jurídica”, lo que contempla “la presencia espacial de las personas humanas como sujetos del orden jurídico” (Sánchez de la Torre, 2005, p. 22).

La personalidad jurídica se adquiere, según la doctrina que aún se mantiene vigente, desde el momento en que nace la persona y se extiende hasta el momento de la muerte, y ha sido definida como “la aptitud para adquirir y para poseer derechos, para ser el titular de esos derechos (...)” (Josserand, 1950, p. 262).

Tal como lo destaca Bach, el reconocimiento del derecho a la personalidad, incluye:

(...) derechos civiles básicos de las personas con discapacidad como el derecho al registro del nacimiento, el derecho a la protección contra el ejercicio abusivo del poder por parte del Estado, el derecho a no ser sujeto a esclavitud, el derecho a la

protección de las libertades fundamentales como la libertad de asociación, etc. (Bach, 2009, p. 60).

No obstante, en la medida en que el reconocimiento de la personalidad no siempre se ha hecho extensivo a todos los grupos de la población, o al menos no se ha efectuado en las mismas condiciones respecto del grupo mayoritario —por cuanto además del factor de existencia, el reconocimiento ha estado también supeditado al cumplimiento de ciertos patrones sociales de referencia—, se ha acentuado entonces la invisibilización de los grupos que no han logrado la asimilación. Esto justamente es lo que ha acontecido con el colectivo de personas en situación de discapacidad.

Lo anterior ha dado lugar a que este grupo sea tratado, en su conjunto, como un objeto al que se debe invalidar, o en el mejor de los casos a proteger o compadecer (Quinn y Degener, 2002, p. 12), precisamente en atención al fenómeno de la invisibilidad. Así, pues,

se trata de una herencia del pasado, de la época en que las personas con discapacidad solían ser ciudadanos prácticamente invisibles en muchas sociedades (...). Una reacción común, tanto por parte del público general como de las autoridades, era la compasión o la repugnancia (Quinn y Degener, 2002, p. 18).

El problema de la invisibilidad de la discapacidad comporta que, a pesar de que desde hace varias décadas existe un catálogo de libertades fundamentales ampliamente aceptado, este no se aplica al mencionado colectivo de personas. Esto obedece quizás a la concepción social y cultural sobre la diferencia. En relación con la discapacidad se partía del siguiente razonamiento: “cuanto mayor era la tendencia a construir la vida cotidiana teniendo en cuenta solamente a las personas sin discapacidad y mayor era la ausencia física de los discapacitados en la corriente general, más ‘natural’ parecía ser esta suposición” (Quinn y Degener, 2002, p. 18).

De ese modo, la exclusión proviene de la misma construcción social en atención a la valoración negativa de la diferencia. Como se verá más adelante, la marginación ha llegado a justificarse incluso en sistemas de estructura proteccionista o paternalista. En esa línea, “gran parte de la exclusión estaba financiada por programas de asistencia social que

llevaban más al aprisionamiento que a la liberación” (Quinn y Degener, 2002, p. 18), bajo el supuesto argumento de la mayor protección.

En suma, los grupos humanos cuyo reconocimiento de la personalidad ha estado supeditado a los designios de la voluntad mayoritaria no solamente han visto reducida su capacidad de autodefinición, sino que también han visto frustradas las posibilidades de elección en atención a la falta de existencia y reconocimiento de una identidad propia. A pesar de que se ha hecho uso de la dignidad como una herramienta para proteger la integridad de las personas desde una visión abstracta y universalista, dicho estado de cosas ha arrastrado una consecuencia significativa: que se creen perjuicios sobre determinados grupos que de una u otra manera se alejan del estándar que socialmente caracteriza a lo “humano” (De Asís, 2013, p. 45).

3.1.1. Paternalismo jurídico y autonomía individual

Sin lugar a dudas, uno de los temas que mayor controversia suscitan en el campo de la filosofía política y de la filosofía moral es el relativo al paternalismo. Tal como lo anota John Stuart Mill en su célebre escrito *Sobre la libertad*, publicado por primera vez en 1859, ha sido usual que en los distintos periodos de la historia las sociedades hayan tratado de imponer a los individuos modelos de conducta o patrones de perfeccionamiento humano (Mill, 1972, pp. 22 y ss.).

El término “paternalismo” se acuña inicialmente en el siglo XIX para identificar aquellas medidas proteccionistas que en el ámbito europeo pusieron en práctica algunos empresarios con el fin de mejorar las condiciones de trabajo del personal obrero. De ese modo, lo que se pretendía con la adopción de dichas medidas era asegurar la disciplina y la permanencia de este colectivo en el puesto de trabajo para evitar así poner en riesgo la actividad industrial. Pues bien: al margen de que las medidas paternalistas tenían como objetivo preservar la integridad del trabajador, lo cierto es que el propósito estructural de las mismas no era otro que el de buscar mayores beneficios y utilidades para el propio empleador.

Pese a esta primera aproximación, en algunos escritos de la época clásica ya empezaba a plantearse la cuestión acerca del origen y justificación del poder paternal, asunto que en un comienzo discurre en el marco de las relaciones intrafamiliares. Es así como Aristóteles, en la *Política*, exalta el poder natural que tiene el padre sobre los hijos, habida cuenta de la virtud moral que acompaña a aquel y de la voluntad incompleta que acompaña a estos. Bajo este entendido, la justificación de la autoridad paterno-filial se sustenta tanto en los objetivos que ella misma persigue, esto es: la protección, la crianza y el bienestar de los hijos, como en los vínculos afectivos que subyacen al interior de la familia. Como bien lo señala Alemany, “esta benevolencia imposibilita el conflicto de intereses entre padres e hijos y hace inapropiada la limitación jurídica de la autoridad paternal” (Alemany, 2006, p. 50).

Dicha manifestación del poder paternal no se reduce exclusivamente al ámbito de las relaciones familiares sino que, con el paso del tiempo, encuentra también justificación en otros contextos de la vida ciudadana (político, social, cultural, laboral, económico, etc.), hasta el punto de llegar a concebirse el *poder político* y el *poder paternal* como términos equivalentes. Es así como Alemany distingue dos facetas de dicha analogía paternalista, una centrada en el título y la otra centrada en el modo de gobernar (Alemany, 2006, pp. 51 y ss.). En cuanto a la primera, la mencionada afinidad paternalista se constituye en la clave de bóveda para el afianzamiento de la *teoría del derecho divino de los reyes* (Alemany, 2006, p. 51), dado que desde la óptica tradicional se concibe que el poder político debe ser ejercido por un buen padre de familia, con lo cual, “el tema central de la analogía paternalista, desde el pensamiento griego hasta las revoluciones burguesas, ha sido el gobierno monárquico y, en particular, el de la monarquía hereditaria” (Alemany, 2006, p. 51).

En cuanto a la segunda faceta, se entiende que el ejercicio de la autoridad lleva aparejado el uso de la fuerza, en consonancia con el derecho de corrección que tiene el padre sobre los hijos. Así pues,

la cuestión que se plantea es si corresponde o no al Estado imponer coactivamente ciertos comportamientos a los individuos para evitar que se dañen a sí mismos o para conducirlos a la felicidad, tal y como haría un padre con sus hijos (Alemany, 2006, p. 53).

Por esa razón el paternalismo alcanza su máxima expresión en el periodo del Antiguo Régimen, especialmente en el marco de algunas monarquías que se desarrollan en Europa a lo largo del siglo XVIII, que incluyen dentro de su plataforma política componentes de racionalidad y de felicidad humana, con lo cual se adoptan algunos principios básicos de la Ilustración, desde luego sin que ello suponga una renuncia a las antiguas prerrogativas regias (Despotismo Ilustrado).

Alemany explica la proyección paternalista en dicho periodo histórico de la siguiente manera:

(...) el hijo debe ser guiado por el padre porque carece de la inteligencia suficiente, de los conocimientos necesarios e, incluso, de la fuerza de voluntad para no dañarse a sí mismo o para guiar sus pasos hacia la felicidad. Si el pueblo se encuentra en la situación de los niños, entonces no se le debe dejar participar en el gobierno porque éste ha de ejercerse, en su propio beneficio, por aquellos que saben más (Alemany, 2006, p. 64).

En consecuencia, la fisonomía de dicha forma de gobierno se explica a través del lema “todo por el pueblo, pero sin el pueblo”, lo cual implica la adopción de medidas paternalistas en beneficio de los individuos pero sin contar con su consentimiento.

Cabe anotar que esta forma de *absolutismo benevolente* tiene como propósito neutralizar el creciente descontento popular con medidas destinadas a mejorar el nivel de vida de los súbditos (educación, salud, cultura, desarrollo urbanístico, etc.). En síntesis, lo que se busca es compensar la pérdida paulatina de legitimidad del poder político con las bondades de tener a un buen gobernante (Alemany, 2006, p. 63).

Ahora bien, comoquiera que se concibe que la estabilidad de la Nación se encuentra condicionada al bienestar general de la sociedad, se requiere entonces la colaboración de sabios y de filósofos ilustrados a quienes se les encomienda la labor de impulsar, a partir de la enseñanza de la ciencias y las artes, el progreso social y cultural de los individuos, toda vez que se entiende que el acceso al conocimiento mejora las condiciones de existencia de los más desfavorecidos, lo que de paso conllevaría a un aumento en las posibilidades de gobernabilidad. Con esto, la legitimidad del gobierno de la monarquía ya no reposaría exclusivamente en la voluntad divina sino también en la tenencia del conocimiento.

Como era de esperarse, las críticas por parte de distintos sectores del liberalismo al modelo en mención no se harían esperar. Quizás el ataque más frontal contra el despotismo ilustrado lo representa justamente John Stuart Mill, uno de los máximos teóricos del utilitarismo clásico, quien al exaltar el valor de la libertad cuestiona la validez y justificación de la precitada analogía paternalista. Desde la perspectiva del filósofo inglés, “si la sociedad deja que gran número de sus miembros crezcan en un estado de infancia prolongada, incapaces de ser impulsados por la consideración racional de los motivos lejanos, ella misma tendrá que lamentar las consecuencias” (Mill, 1972, pp. 122-123).

Así pues, para J. Stuart Mill resulta inconcebible la imposición por parte del Poder político de un determinado comportamiento o de un determinado estilo de vida a cuenta de la presunta falta de competencia del individuo para decidir por su propia cuenta. Para el mencionado autor liberal,

el hombre que permite al mundo, o al menos a su mundo, elegir por él su plan de vida, no tiene más necesidad que de la facultad de imitación de los simios. Pero aquel que lo escoge por sí mismo pone en juego todas sus facultades (Mill, 1972, p. 87).

Es de anotar que las críticas que desde el liberalismo se lanzan a los sistemas de despotismo ilustrado constituyen, de alguna manera, la base ideológica para el debilitamiento y posterior desmantelamiento de las monarquías absolutas en Europa, y la implantación de las democracias constitucionales.

Precisamente, el Estado de Derecho es aquel modelo de organización política que empieza a establecer límites jurídicos e institucionales al Poder estatal. El artículo 16 de la *Declaración* francesa de 1789 recoge la idea de separación de poderes, adoptando un esquema tripartito en la asignación de funciones públicas y estableciendo un sistema de control recíproco entre las distintas ramas del Estado para garantizar así el uso racional del Poder político. A partir de este nuevo esquema,

la finalidad política de los derechos consiste, pues, en servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado de Derecho. Los derechos necesitan al poder para hacerse eficaces, pero además, a partir de determinado momento histórico, el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia; se dice entonces que los derechos se convierten en criterio de legitimidad del Poder Político (Barranco, 2004b, p. 77).

En este modelo de organización política que sobrevino a las monarquías en Europa, las libertades fundamentales se constituyeron, pues, en mecanismos de defensa con que contaban los ciudadanos para evitar posibles excesos por parte de la autoridad pública; en palabras de Ronald Dworkin, son “triunfos políticos en manos de los individuos” (Dworkin, 2002, p. 37).

De acuerdo con la concepción liberal del Poder político, el Derecho tiene carácter instrumental y fragmentario, y su fuerza coactiva adquiere legitimidad en tanto que el Estado garantice a los ciudadanos espacios de autonomía; de ese modo, la interferencia del Poder en el ámbito privado de los individuos solamente se justificaba si como consecuencia del ejercicio de dicha autonomía resultaban quebrantados otros espacios vitales de libertad.

Así lo reconoce el propio Mill quien, a pesar de resaltar la importancia de la individualidad entendiendo que cada quien es el mejor juez de sus propios intereses, también indica que las libertades del hombre podrían limitarse para impedir que un miembro de la comunidad cause daño a sus semejantes. Subraya Mill: “para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano” (Mill, 1972, p. 18).

Dentro de esa misma línea, Mill agrega lo siguiente:

El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo (Mill, 1972, p. 17).

Dado que su teoría se dirige a hombres reflexivos con “facultades intelectuales plenas”, asimilando la condición de ser humano a la del “agente responsable”, excluye, pues, de su

discurso sobre la salvaguarda de la autonomía moral, a aquellos sujetos que no están en condición de ejercer soberanía sobre su cuerpo y espíritu, quienes en tal sentido, podrían ser protegidos “(...) tanto contra los demás, como contra ellos mismos” (Mill, 2016, p. 20), a través de la restricción de sus libertades.

Así pues, la salvedad que el propio Mill presenta a su planteamiento refiere básicamente a dos grupos: personas que no han alcanzado la mayoría de edad y personas con discapacidad.

3.1.1.1 Paternalismo jurídico, pluralismo y dignidad humana

Como se ha mencionado, el término “paternalismo” es muy extenso y recoge diversas doctrinas e ideologías que tratan de explicar el origen y la justificación del poder paternal que, pese a que en un comienzo deriva de las relaciones de familia, con el paso del tiempo adopta nuevos matices y se extrapola a otros escenarios de la sociedad.

Desde el punto de vista político, la doctrina paternalista comporta la intervención del poder en la vida de los particulares, motivada principalmente por cuestiones de bienestar, salubridad, convivencia, beneficencia, etc. Ahora, desde el punto de vista jurídico, el paternalismo hace referencia a aquella faceta del poder que se articula desde el Derecho y que, partiendo de la idea de beneficio individual o colectivo, conlleva la imposición de una conducta o de un determinado comportamiento que se aplica incluso en contra de la voluntad del propio destinatario de la medida coactiva.

La inquietud que a primera vista subyace de este planteo inicial es: ¿hasta qué punto resulta legítimo, dentro de un sistema basado en la dignidad humana, que el Estado disponga de la fuerza coactiva del Derecho para imponer al individuo una determinada medida restrictiva de la libertad cuya observancia o inobservancia tan solo le reportaría un beneficio o un perjuicio al propio destinatario de la misma?

Para resolver esta cuestión quizá sea necesario señalar que, muy posiblemente, las medidas paternalistas han sido una constante a lo largo de la humanidad. Así, lo que varía en cada

momento histórico no es tanto el grado de intromisión de los poderes públicos en la esfera individual de los particulares, sino la manera como dicha intromisión logra justificarse.

Sin pretender hacer un estudio pormenorizado acerca del origen del poder estatal —porque no es el propósito de este escrito—, es necesario destacar que con la llegada de la modernidad aparece el Estado como nueva forma de organización económica y con ello un nuevo modelo para la organización del poder⁴⁵.

En el Estado absolutista, a diferencia de lo que ocurría en la estructura medieval⁴⁶, el Derecho aparece como expresión del poder omnímodo del monarca que se hace efectivo mediante el uso de la fuerza (seguridad jurídica frente a los súbditos). Por su parte, el Estado de Derecho es aquel sistema que organiza racionalmente el poder político y que monopoliza el uso legítimo de la fuerza⁴⁷; bajo esa premisa el poder crea el Derecho y lo sostiene mediante la fuerza, al tiempo que el Derecho regula, conforma y organiza el ejercicio del poder (seguridad jurídica frente al propio Estado).

Destaca María del Carmen Barranco que en el Estado de Derecho

(...) el Poder ha de comprometerse en el reconocimiento y garantía de los derechos para presentarse como acreedor de obediencia voluntaria. Por último, la forma que el Poder Político utiliza para hacer eficaces aquellas exigencias de protección del individuo será el Derecho (Barranco, 2004b, p. 77).

Existen distintas corrientes de pensamiento que tratan de explicar el origen y justificación del poder político. Una de las doctrinas que mayor influencia han tenido en la construcción del concepto moderno de Estado es la corriente filosófica del contractualismo clásico. Pese a que no todas las doctrinas que se denominan contractualistas parten del mismo supuesto teórico, la mayor parte de ellas apunta a que el origen del poder estatal se da por un pacto o

⁴⁵ Para garantizar la seguridad en el tráfico mercantil ante la precariedad de la estructura medieval, se hace necesaria la unificación del poder (Peces-Barba, 1995, pp. 119 y ss.).

⁴⁶ Como lo subraya Peces-Barba (2004, p. 62), “(...) con la poliarquía y con el Derecho como ius, lo que es justo en el caso concreto, no producían seguridad y ésta derivaba de factores religiosos, la influencia de la ética autoritaria de la Iglesia católica, o sociales, las relaciones de vasallaje o los gremios”.

⁴⁷ Indica Peces-Barba (1995, p. 119) que en el tránsito a la modernidad la seguridad adquiere un nuevo matiz y pasa a traducirse en “seguridad jurídica, a través del Derecho, y necesitará un referente unificador de las normas que será el Estado, con su pretensión de monopolio en el uso de la fuerza legítima. Así se empieza a consolidar en el mundo moderno la idea de que la primera función de todo poder político y de todo sistema jurídico es la organización pacífica de la convivencia”.

convención que realizan las personas como paso previo a la conformación de la sociedad civil.

Dentro de ellas reviste especial importancia la teoría de Locke sobre el poder político, por su incidencia directa en los procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII (*Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* –1690–); en virtud de ella, el hombre inicialmente se encuentra en un estado de naturaleza y goza de todas aquellas libertades y prerrogativas que las mismas leyes naturales le confieren sin limitación alguna. Empero, para evitar los excesos y garantizar el disfrute pacífico de los derechos (vida, libertad, igualdad y propiedad), los individuos acuerdan voluntariamente⁴⁸ ceder parte de sus libertades, incluso la facultad de autotutela, a un órgano revestido de autoridad. Esta postura asume a las partes contratantes como “libres, iguales e independientes” (Locke, 2014, cap. 8).

Dado que el poder constituido no crea el Derecho sino que tan solo lo reconoce, los cedentes se reservan la potestad de romper el pacto social y desconocer el mandato de la autoridad conformada cuando esta, ilegítimamente, exceda sus atribuciones y se aparte de su objetivo fundacional. Bajo esta misma línea, no es casual que el artículo segundo (2°) de la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 dispusiese: “la finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión”⁴⁹.

Justamente, uno de los propósitos medulares de la mencionada *Declaración* es vincular el poder al Derecho, entendido este último como una técnica de control social que se vale de normas externas y coactivas (fuerza institucionalizada). El Estado de Derecho es, entonces, la manera como se monopoliza y se organiza el poder político, al tiempo que los derechos devienen en límites al ejercicio del poder.

⁴⁸ Como bien lo señala Barranco Avilés (2004, p. 74), “las distintas versiones del contractualismo liberal justifican la necesidad del poder político en su capacidad para dotar de eficacia a los derechos fundamentales cuyo reconocimiento es, precisamente, el que lo hace digno de obediencia, o, de otra forma, el que lo convierte en legítimo. Por otra parte, que se presenta como la consecuencia de la posesión de esos derechos naturales, el poder político se justifica por encontrar su origen en el consentimiento libre de los que serán por él gobernados”.

⁴⁹ Tal como lo anota Peces-Barba (1993, pp. 50 y ss.), la influencia más directa de la teoría de Locke se encuentra justamente en la fundamentación contractualista de la declaración (Preámbulo y artículo 2°).

Tal como se ha anotado, en el esquema liberal burgués las medidas restrictivas a la libertad solamente encuentran justificación cuando tiendan a proteger los intereses de terceras personas. Precisamente, lo que hace el liberalismo político es distinguir entre lo público y lo privado⁵⁰: la única razón que justifica la intromisión coactiva de la autoridad en la conducta de los particulares es la afectación de los derechos de terceras personas.

Ahora bien, en la medida en que la dinámica social plantea nuevos desafíos se hace necesaria la reformulación de la actividad estatal y con ello la apertura a nuevos canales de participación ciudadana. Así las cosas, se empieza a aceptar la presencia del poder político en los distintos ámbitos de la colectividad —incluso en aquellos ámbitos que antes le estaban vedados— al tiempo que se adoptan nuevos instrumentos de control y de participación social, brindándose a los ciudadanos mayores espacios de discusión para la toma de aquellas decisiones que atañen a la comunidad.

En este nuevo escenario, la intervención activa de los ciudadanos juega un papel crucial en la conformación del poder político, pero además se constituye en criterio material orientativo que permite definir los cauces democráticos de la sociedad, lo que redefine las fronteras de dicha actividad interventora. De ese modo, el paso al Estado social

implica una reformulación de las razones en que se plasma el consenso que, junto con la fuerza, dotan de efectividad al poder. La libertad, la igualdad y la seguridad que en el Estado Liberal de Derecho se entienden como objetivos desde una perspectiva formal, ahora se materializan (Barranco, 2004b, p. 105).

En el Estado social y democrático, entonces, la interferencia del poder público en aquellos asuntos que anteriormente solo incumbían a los particulares podrá revestirse de legitimidad, siempre y cuando tenga como fundamento la protección de los intereses y

⁵⁰ La pretensión de separar el espacio individual (privado) del la estructura social (público) ha sido altamente cuestionada por grupos feministas al considerar que ha sido el medio utilizado por el liberalismo para excluir a la mujer de los ámbitos de participación, dando por sentada la falta de aptitud de aquella para tomar decisiones racionales. De ese modo, se concibe que incluir a la familia dentro de la esfera de lo privado sirvió para legitimar las relaciones de subordinación, hasta el punto de llegar a ser considerado como algo natural en virtud de las diferencias entre hombres y mujeres, escapando en todo caso lo que tiene que ver con las relaciones de familia del control estatal. Destaca Turégano Mansilla (1989, p. 14) que “la teoría liberal ha creído posible definir universalmente el mundo público como una esfera igualitaria haciendo abstracción de las relaciones de dominación que perduran en la vida familiar”.

bienes jurídicos cuya afectación pueda poner en riesgo el ejercicio futuro de los derechos o llegue a condicionarlos (por ejemplo, la obligación de aportar a la seguridad social).

Esto por cuanto una restricción injustificada del contenido esencial de aquellos derechos que son inherentes al ser humano supone indefectiblemente el desconocimiento de los valores esenciales de toda sociedad que se funde en el respeto de las libertades y la dignidad humana (por ejemplo, cuando se pretende imponer en la sociedad un sistema particular de valores con miras a la formación de ciudadanos más virtuosos).

El fin último de todo sistema democrático es el de sentar las bases para el ejercicio de la libertad. Como se ha señalado reiteradamente, el paternalismo jurídico supone una limitación rigurosa a las libertades fundamentales que se traduce en la imposición, a través del Derecho, de una determinada conducta o medida de protección en presunto interés del sujeto obligado⁵¹.

Pues bien: aunque a primera vista democracia y paternalismo aparecen como dos cuestiones irreconciliables y a pesar de que la historia demuestra que en innumerables ocasiones se ha hecho uso de prácticas paternalistas para instaurar de manera muy sutil regímenes autoritarios, lo cierto es que se trata de dos realidades que bajo determinadas circunstancias pueden llegar a coexistir (Ramiro, 2006, p. 218).

En virtud de un modelo de derechos que tenga como sustento la idea de dignidad, desde el reconocimiento de la diferencia, solo es posible la imposición de aquella medida que promueva la realización del plan de florecimiento humano, por lo que, deberá ser compatible con dichos valores democráticos. Como bien lo señala Peces-Barba,

es necesario señalar que el poder político democrático incorpora la moralidad de los valores, como valores políticos, y que, como valores jurídicos, inspiran toda la organización del Derecho, que convierte a los derechos humanos y a los principios de organización en reglas que limitan y configuran ese poder al servicio de la persona (Peces-Barba, 2004, p. 69).

⁵¹ En esa línea, Miguel Ángel Ramiro (2006, p. 215) señala que “el paternalismo jurídico plantea, pues, un problema crucial en una sociedad liberal pues debe explicarse por qué está justificado que el Estado limite la libertad de sus ciudadanos cuando sus comportamientos no dañan a terceras personas”.

Ciertamente, lo que resulta censurable desde los postulados democráticos no es la imposición de una conducta a través de la fuerza coactiva del Derecho para evitar daños a bienes jurídicos individuales o colectivos significativos para la sociedad. Ello en razón a que el Derecho, en últimas, es expresión de una determinada forma de moralidad, ante lo cual asigna un valor específico a cada uno de los intereses socialmente relevantes, y define además unos medios de protección para su salvaguarda.

Lo que sí podría resultar cuestionable es que desde el poder político se pretenda legitimar, a través de medidas impositivas, determinados modelos o patrones sociales que solamente apunten a la satisfacción de pretensiones particulares (por ejemplo, intereses de grupos políticos, religiosos, económicos o de cualquier otra índole) a costa de las libertades individuales. Es decir, lo que no resulta aceptable es que, bajo una supuesta consigna benefactora, altruista y guardiana de los derechos, se termine justificando la limitación o conculcación de otros derechos y libertades que sean igualmente relevantes en el marco de una sociedad que se autoproclame como democrática.

3.1.1.2 La construcción paternalista a la luz de la dignidad humana y la autonomía individual

El paternalismo jurídico es una manifestación del ejercicio de la autoridad que se caracteriza por la relación especial de sujeción que subyace entre dos sujetos, el primero de los cuales (A) hace uso del Poder que ostenta sobre el segundo (B) para imponerle un determinado comportamiento sin contar con su consentimiento —incluso en contra de su propia voluntad—, toda vez que, a juicio del primero, dicho código de conducta redundaría en beneficio del segundo.

Tal como se ha expresado, el paternalismo supone la intervención del Poder político en la conducta de los particulares motivada por razones de beneficencia, benevolencia, utilidad, etc., lo cual se funda en el propósito de evitar una afectación a los bienes jurídicos del propio sujeto coaccionado.

Para Gerald Dworkin, el paternalismo supone “(...) la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien,

la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la personas coaccionada” (Dworkin, 1987, p. 20).

Según Ernesto Garzón Valdés, se trata de la existencia de

una buena razón a favor de una prohibición o de un mandato jurídico impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida (Garzón, 2006, p. 289).

De acuerdo con lo anterior, es posible indicar que para que una medida paternalista resulte éticamente justificada a la luz de la dignidad humana y la autonomía individual es necesario que concurren dos condiciones:

a) La medida paternalista debe estar orientada a la protección de intereses constitucionalmente relevantes que atañen al propio individuo coaccionado

Como se ha visto, la medida paternalista presupone la existencia de un interés concreto cuya protección demanda la intervención de un sujeto (A), generalmente personificado en la organización estatal, y un sujeto (B), quien es el destinatario de la medida de protección coactiva. Es básicamente lo que acontece cuando se exige alguna credencial para la práctica de deportes de alto riesgo; o se impone la obligación de portar el cinturón de seguridad; o, por cuestiones de urgencia manifiesta, se autoriza al personal médico para tomar unilateralmente decisiones respecto a la salud del paciente con el fin de evitar un daño a la vida o a la integridad personal.

Ciertamente no es posible definir, en abstracto, cuáles son los bienes o intereses constitucionalmente relevantes. De hecho el criterio de relevancia no es estático y podría variar según el tiempo y el lugar. Todo dependerá de cómo una sociedad haya llegado a conformar su sistema de valores, de lo que se desprenden, como se verá, obligaciones positivas para los poderes públicos (dimensión objetiva de los derechos).

Quizás en un sistema que sea respetuoso de las libertades fundamentales no resulte éticamente justificado que, en aras a fomentar la salud física y mental de la población, se eleve a sanción el consumo de alimentos que no poseen valor nutricional; pero quizá sí resulte moralmente justificado que, a través de ciertas restricciones, se le impida al sujeto la posibilidad de renunciar a su propia libertad personal; por ejemplo, dejando sin efectos los contratos de esclavitud, toda vez que en un sistema democrático la libre autodeterminación del individuo es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos.

Aunque en ciertas ocasiones resulta éticamente justificado que desde el Derecho se impongan ciertas conductas o se restrinjan otras para evitar que el individuo se autoinflija daños (por ejemplo, cuando se restringe la comercialización de ciertos medicamentos), el inconveniente que plantea el paternalismo es que en ocasiones asume una función conductista dentro del ordenamiento jurídico, al tratar de imponer ciertos hábitos de vida por considerarlos en sí mismos como buenos, o al reprimir comportamientos por considerarlos inmorales, por ejemplo cuando penaliza el adulterio o el homosexualismo (Hart, 2006, pp. 128 y ss.), lo que ya no se justifica.

Aquí resulta pertinente hacer una distinción entre paternalismo jurídico y moralismo legal. A pesar de que ambos comparten rasgos similares, la diferencia entre uno y otro radica, esencialmente, en que mientras el paternalismo busca imponer un comportamiento al propio destinatario de la medida en su propio beneficio, en el segundo se busca imponer una determinada concepción del bien pero en beneficio de la sociedad, con todas las implicaciones que de ello se deriva. Tal como lo apunta Mill,

no es difícil probar con numerosos ejemplos que una de las inclinaciones más universales de la humanidad es la de extender los límites de lo que se puede llamar policía moral, hasta el punto de invadir las libertades más legítimas del individuo (Mill, 2016, p. 102).

En no pocas ocasiones las medidas paternalistas encubren una pretensión de imponer a los individuos un modelo de virtud (perfeccionismo ético) bajo el argumento de la protección de la integridad moral individual o de una supuesta moral colectiva; o, incluso, bajo el argumento de la protección a la integridad física, como por ejemplo cuando se sanciona la prostitución, la tentativa de suicidio, o el consumo de alcohol o de sustancias alucinógenas. Más allá de que en el momento de su valoración estos eventos usualmente se encuadren

dentro de los supuestos de las medidas coactivas de protección, en todo caso aparejan una imposición encubierta de valores morales.

Ahora bien, el supuesto en comento obligaría a excluir del planteamiento paternalista a todas aquellas situaciones donde se impone alguna conducta para proteger los derechos de terceras personas⁵², por ejemplo cuando se le exige a una madre con VIH a someterse a un tratamiento médico para evitar que le transmita el virus a su hijo que está por nacer.

Conviene precisar que en el caso de la restricción de actividades peligrosas pueden confluir componentes de paternalismo y de protección a terceras personas, como por ejemplo en la regulación sobre conducción de automóviles. En este caso específico, las medidas de protección giran en torno a dos cuestiones: i) la obligación de portar la licencia de conducción y ii) la prohibición de desarrollar esta actividad bajo el influjo del alcohol o de sustancias alucinógenas, o haciendo uso de elementos distractores (dispositivos móviles) que puedan llegar a afectar la atención o el deber objetivo de cuidado por parte del conductor.

De acuerdo con el primer elemento (i), la medida tiene un fin persuasivo y lo que se busca a través de ella —al menos en teoría— es garantizar que la persona cuente con las habilidades y destrezas suficientes para desarrollar, de la manera más diligente y prolija, una actividad que conlleva un riesgo implícito. De acuerdo con el segundo (ii), la medida tiene un fin disuasivo y lo que se busca mediante su imposición es evitar que el nivel de peligro se acentúe, creando un riesgo jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos de la propia persona coaccionada y de terceras personas.

Pese a que en el mencionado supuesto las medidas de protección actúan también en beneficio del sujeto coaccionado, la legitimidad de ellas deriva del deber que le compete a la organización estatal de proteger aquellos ámbitos de autonomía que puedan resultar afectados por la decisión unánime y desmedida frente a un tercero; o en sentido contrario, se busca evitar que el exceso en el ejercicio de los propios derechos redunde en detrimento de los intereses de terceras personas.

⁵² Dworkin (1987, p. 22) incluiría este supuesto dentro de lo que él mismo denomina “paternalismo impuro”, bajo el argumento de que la persona que sufre el daño podría haberlo evitado. Aclara el autor que en este tipo de supuestos de paternalismo impuro —en los que no coinciden plenamente la libertad de la persona restringida con la libertad de la persona que obtiene el beneficio—, debe existir una justificación más rigurosa.

b) La imposición de la medida paternalista debe propender por la protección del consentimiento hipotético y la autonomía orientada a futuro

El cumplimiento de cualquier mandato o prohibición legal que redunde solo en beneficio del sujeto obligado debe estar precedido, en principio, por un acto de voluntad, con el fin de respetar la libre determinación del sujeto que resulta beneficiado con la medida de protección⁵³.

Ahora bien, como resulta probable que en un momento dado el consentimiento no pueda otorgarse, ya sea porque el sujeto se opone abiertamente a la medida de protección (por ejemplo porque la persona desconoce las bondades de la medida), o porque no está en condiciones de conformar su voluntad (por ejemplo cuando el sujeto presenta alguna alteración significativa en su sistema nervioso central), se exige entonces como mínimo que el consentimiento sea hipotético; es decir, que pueda presumirse que en condiciones habituales la persona habría aceptado la aplicación de la medida (Garzón, 2006, p. 298). Se entiende, entonces, que “quien rechaza la medida paternalista lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma (Garzón, 2006, p. 299)”.

En ese sentido, para que la medida paternalista resulte justificada se requiere que su destinatario se encuentre en situación deficitaria (o también denominada incompetencia básica) en relación con el conocimiento o información que posee respecto a los medios que tiene a su disposición. Según Garzón Valdés, se puede indicar que una persona es competente cuando enfrenta con éxito los desafíos que se le presentan. Por el contrario, siguiendo con este autor, se le considera incompetente básico cuando ignora elementos relevantes de una situación; tiene fuerza de voluntad o facultades mentales reducidas; actúa bajo compulsión; o cuando, a pesar de disponer de medios necesarios para salvaguardar un bien, se niega a utilizarlos (Garzón, 2006, p. 299 y ss.).

El hecho de que una persona tome una decisión contraria a los cánones mayoritarios no necesariamente hace presumir la situación de carencia, precisamente porque los cánones son

⁵³ Para Dworkin (1987, p. 29) el consentimiento es “la única manera aceptable de intentar delimitar un área de paternalismo justificado”.

construcciones sociales que están determinados por valores culturales, formas de vida, hábitos, costumbres, etc., que tienden a mutar en la medida en que transcurre el tiempo y que la sociedad se redirige. La violencia contra la mujer, el maltrato animal o la segregación racial no siempre fueron comportamientos socialmente cuestionados. De hecho aún son prácticas recurrentes, incluso avaladas en algunas esferas sociales.

Lo anterior lleva a plantear dos cuestiones: la primera es que no todos los intereses jurídicos tienen un mismo valor para todas las personas, sin que ello suponga incursionar en el campo del relativismo cultural; esto más bien a propósito de la concepción pluralista de los derechos en un sistema democrático. Así sucede, por ejemplo, con decisiones propias sobre el curso final de la existencia. Piénsese en la persona que solicita la práctica de la eutanasia por considerar que su vida no es digna; o la persona que a través de un documento de instrucciones previas renuncia a la posibilidad de obtener soporte artificial en caso de entrar en coma, todo lo cual es perfectamente posible si la persona que renuncia a los medios disponibles ha sido previamente informada sobre los efectos de su decisión a través de sistemas adecuados y accesibles.

La segunda cuestión que emerge es que los cambios culturales comportan indefectiblemente un cambio en la percepción del “riesgo”. Debido a los avances tecnológicos, el tráfico social, la globalización, el desarrollo de nuevos sistemas de información y comunicación, entre otros, la consideración sobre la autoconservación del ser humano se transforma hasta el punto en que en la actualidad ya existen programas de entretenimiento que ofrecen un boleto para viajar a otro planeta sin posibilidad de retorno. Bajo esa línea, no toda conducta que suponga una puesta de sí mismo en peligro se constituye *per se* en un riesgo jurídicamente desaprobado⁵⁴.

En suma, la adopción de la medida paternalista resultará justificada si lo que se busca a través de ella es actualizar el conocimiento o atenuar los efectos de una posible situación de carencia. Ahora bien, no todo comportamiento que pueda considerarse como irracional o desinformado puede ser objeto de medidas paternalistas. Solo habrá lugar a la imposición de dichas medidas cuando los perjuicios que se quieren evitar superen en cuanto a su

⁵⁴ Sobre la valoración del riesgo jurídicamente desaprobado, desde el ámbito penal, puede verse López (2006, pp. 55 y ss.).

relevancia a los posibles beneficios que se obtendrían si no se impusiera la medida (Ramiro, 2006, p. 231).

De lo anterior se desprenden, a su vez, dos cuestiones transversales dentro de esta temática específica: i) el carácter personal o contextualizado y ii) el carácter temporal de las medidas de protección.

En virtud de lo primero (i), la medida paternalista debe aplicarse dentro de un ámbito concreto de protección, tomándose como destinatario de la misma a una persona o a un grupo específico de personas situadas dentro de un contexto determinado; por ejemplo, en el evento en que se ordena el desalojo de una vivienda por riesgo inminente de un derrumbe.

En virtud de lo segundo (ii), la medida paternalista debe entrar a operar solo cuando exista una situación real de carencia y mantenerse únicamente mientras persista la misma. Bajo ese entendido, una medida de protección no debe tener carácter permanente o inmutable. Se deben crear las condiciones necesarias para que, a futuro, todas las personas puedan llegar a tomar decisiones respecto de sus propios intereses de manera autónoma, incluso cuando existan dudas acerca de la autonomía posterior, debido a las condiciones actuales (autonomía orientada a futuro).

En el caso de las personas que no han cumplido la edad mínima establecida para que se las considere como competentes, las medidas paternalistas habitualmente se adoptan sobre la base de tres criterios: biológico, psicosocial y ético-político. Desde un punto de vista biológico, dichas medidas encuentran sustento en el factor cronológico o temporal —18 años es el dato comúnmente aceptado para determinar la mayoría de edad—; desde un punto de vista psicosocial, las medidas de protección se fundan en consideraciones de índole formativa apelando al nivel de desarrollo intelectual, afectivo y cognoscitivo; y, desde un punto de vista ético-político, se basan en la idea de brindar protección a un grupo de personas que se encuentran en posición de inferioridad frente a los demás.

A lo largo de la historia ha sido una constante que la toma de decisiones respecto de los bienes e intereses (gustos, aspiraciones, preferencias, desarrollo de la personalidad, etc.) de las personas que no alcanzan la edad mínima establecida para que se las considere

competentes esté plenamente supeditada a la potestad de los padres o tutores, de quienes se presume el grado de madurez necesario para orientar la voluntad e incluso para expresar el consentimiento por cuenta del protegido, cuando a juicio de los cuidadores las circunstancias así lo dispongan. De ese modo, se concibe que la falta de idoneidad de aquellos para afrontar con éxito los retos de la vida cotidiana se suple con un sistema de representación mediante el cual se ajusta una situación que se entiende en sí misma como deficitaria⁵⁵.

Bajo esa línea de entendimiento, habitualmente se ha justificado la adopción de medidas paternalistas a favor de estas personas porque se presume que no han alcanzado un nivel suficiente de desarrollo que les permita tomar por sí mismas decisiones relevantes sobre sus propios intereses de la manera más adecuada y responsable o, en palabras de Dworkin, de tomar decisiones completamente racionales⁵⁶.

Como respuesta institucional ante dicha *situación de carencia*, el poder público asume una posición especial de garante cuando establece instrumentos normativos de salvaguarda y protección, garantizando de este modo la tutela efectiva de los derechos de este colectivo de personas.

Es de anotar que el lugar que siempre ha ocupado este grupo dentro del escalafón social y familiar, aunado al rol eminentemente conductista por parte de la sociedad, ha afianzado el estatus de inferioridad que abriga a este grupo poblacional. El hecho de vincular el nivel de desarrollo psicosocial con un dato cronológico —para efectos de otorgar pleno reconocimiento jurídico a un acto particular de disposición de intereses—, ciertamente impide realizar un análisis holístico e integral a propósito de las aptitudes de estas personas en su verdadera dimensión.

Además, esta visión simplificadora de la realidad pone en evidencia un posible desacierto en cuanto al enfoque de protección: arrebatarle al individuo la posibilidad de elegir o al

⁵⁵ Según Dworkin (1987, p. 28), las medidas paternalistas sobre personas menores de edad se justifican porque “(...) carecen de algunas capacidades emocionales y cognitivas que se requieren para tomar decisiones completamente racionales”.

⁵⁶ Para Dworkin (1987, p. 28), el “consentimiento futuro” se constituye en un límite a las medidas paternalistas que deriva de la siguiente regla: cuando se interfiere en las acciones de una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad es porque se hace efectivo algo que ella misma haría en un escenario de racionalidad.

menos de ser partícipe dentro del proceso de elección (libertad moral) implica negarle de plano la condición de sujeto de derechos y tomarlo como objeto de decisión.

En ese sentido, y pese a que desde un punto de vista lógico podría llegar a ser discutible el hecho de establecer una presunción con carácter general que se funde en la supuesta ineptitud de las personas que no han cumplido la mayoría de edad para entender la repercusión de sus actuaciones, tomando como elemento concluyente para la aplicación colectiva de las medidas paternalistas únicamente el factor cronológico, en ciertos casos específicos dichas medidas sí resultan plenamente justificadas (al menos algunas de ellas), no tanto por los aparentes vacíos en el nivel natural de desempeño psicosocial (incompetencia básica) sino por la coexistencia de factores externos —especialmente de tipo cultural— que tradicionalmente han contribuido a la consolidación de un modelo de formación marcadamente proteccionista, lo que paradójicamente ha limitado el desarrollo evolutivo de las capacidades individuales y sociales de este grupo de personas tanto a nivel funcional como relacional. Precisamente este hecho sitúa al mencionado colectivo en posición de desventaja frente a los demás.

En este contexto confluyen diversos factores (grado de madurez intelectual, formación académica, condición socioeconómica, etc.) que, evaluados desde una perspectiva democrática, respetuosa de la dignidad humana, impondrían la obligación de brindar un tratamiento jurídico diferenciado. No obstante, por la complejidad que reviste adoptar medidas personalizadas para un colectivo tan heterogéneo y hasta tanto no se logre superar el modelo en comento, quizá resulte adecuado, por ahora, establecer estándares estrictamente necesarios de protección que permitan preservar las condiciones básicas para que a futuro todas las personas puedan desarrollar al máximo sus capacidades y ejercer libremente los derechos que derivan de la ciudadanía en circunstancias de igualdad.

Así las cosas, aun cuando se trate de un grupo poblacional especialmente protegido, las medidas paternalistas deberán fundarse en el respeto de la autonomía individual y la dignidad inherente, razón por la cual deberán tenerse en cuenta las necesidades y preferencias específicas de cada persona (interés superior del menor), incluso cuando dichas medidas tengan un propósito de mayor protección.

Debido al componente democrático que debe acompañar la configuración de cualquier normativa que imponga restricciones a la libertad, en ningún caso la adopción de una determinada medida paternalista —incluso tratándose de personas que no han alcanzado la mayoría de edad—, podrá encaminarse a desconocer, irrazonablemente, espacios vitales de desarrollo humano, ya sea limitando la escogencia de una determinada opción de vida o condicionando elecciones futuras. Se insiste: dichas medidas tan solo podrán orientarse a proteger, cuando sea estrictamente necesario, las condiciones actuales para que a futuro la persona pueda tomar sus propias decisiones.

En suma, no parece tener sustento la adopción de medidas de protección que tengan carácter general y abstracto, salvo en casos muy específicos que deben justificarse plenamente. En un Estado de Derecho, la incompetencia básica no puede presumirse *prima facie*, tal como lo señala Miguel Ángel Ramiro (2006, p. 228); es necesario entonces evaluar en cada caso concreto qué persona o grupo de personas deben sujetarse a una medida de protección.

Empero, si en gracia de discusión se aceptase la imposición de medidas paternalistas con carácter general, dadas por ejemplo las condiciones socioculturales de la época, en todo caso no resultaría en nada justificable que dichas medidas tuviesen un carácter indefinido en el tiempo. Mantener a toda la población sumergida en una situación de infancia prolongada supone el desconocimiento de los valores esenciales de una sociedad que se funde en el respeto de la dignidad humana y la autonomía individual.

3.1.2 Capacidad jurídica y discapacidad

Desde la perspectiva jurídica clásica, el concepto de “capacidad” presupone la tenencia de ciertas cualidades (sensibilidad, memoria, manifestación de emociones, inteligencia, voluntariedad, libertad, etc.) que se engloban bajo la denominación de “persona”; ellas caracterizan al individuo como “agente racional consciente” y le imprimen una dignidad que es común a todo ser humano (Sánchez de la Torre, 2005, pp. 21 y ss.).

Según Bach, la capacidad jurídica supone

el derecho a celebrar actos jurídicos destinados a generar efectos sobre las decisiones y motivaciones personales y que se relacionan con su patrimonio, con los derechos relativos a su vida privada, y a responder jurídicamente por las consecuencias de los propios actos en las esferas contractual, de responsabilidad civil, patrimonial, o criminal (Bach, 2009, p. 58).

Sánchez de la Torre ha indicado que en la capacidad jurídica concurren dos componentes: la capacidad de adquirir algo y la capacidad de actuar personalmente para adquirir algo. Señala este autor que existen determinados momentos en los que una persona requiere de otra que actúe en beneficio de la primera, toda vez que esta es incapaz de actuar por sí misma (Sánchez de la Torre, 2005, p. 381).

Agrega que la capacidad jurídica no puede entenderse sin su opuesto, la incapacidad jurídica, lo cual determina, *a contrario sensu*, el tipo de actividades que un sujeto no puede realizar (Sánchez de la Torre, 2005, p. 381). De ese modo, observa que existen determinadas circunstancias que pueden llegar a modificar la capacidad jurídica debido a cualidades que posee el sujeto. La razón para observar dichas circunstancias obedece a que es la forma a través de la cual se pueden garantizar la autonomía y las responsabilidades que apareja el ejercicio de la capacidad⁵⁷.

Por su parte, Mateos García expone que la capacidad jurídica presupone dos elementos: un sujeto jurídico (maduración cognoscitiva y moral —capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, y de responsabilizarse de sus actos—) y una especialización de la capacidad moral en su dimensión social a través del ordenamiento jurídico (Mateos, 2005, pp. 76-77).

Tradicionalmente se ha definido la capacidad jurídica como “la aptitud o falta de aptitud para ejercer los derechos de que una persona está investida y, en tal caso, se trata solo de una capacidad o de una incapacidad de ejercicio” (Josserand, 1950, p. 262).

Lo anterior pone de relieve la relación diacrónica que se crea entre los conceptos de persona y de capacidad (De Asís, 2013, p. 39). Se asume que los agentes que se incluyen en el debate sobre los derechos son todos aquellos que tienen capacidad de participar en el

⁵⁷ El autor indica que la noción de capacidad jurídica se muestra como “un modelo funcional para instrumentar el sistema de libertades y responsabilidades organizado para hacer posible la convivencia social” (Sánchez de la Torre, 2005, p. 382).

discurso moral por cuanto superan el estándar de racionalidad exigido, lo que descarta a las personas que no cumplen con el umbral mínimo, quienes entonces pasan a considerarse como objetos de decisión (De Asís, 2013, pp. 40-41).

La capacidad jurídica se afilia al ámbito de la personalidad puesto que al obtenerse el reconocimiento de “persona” esta queda facultada para ser titular de derechos y obligaciones. A su vez, los derechos surgen como instrumentos que protegen el desarrollo de la dignidad, removiendo las barreras que el individuo pueda hallar en el uso de las capacidades (De Asís, 2009, p. 2).

Es de anotar que la capacidad no es algo natural sino que es un producto de una visión social a la que se le asigna determinados efectos jurídicos. En ese sentido no resulta adecuado afirmar, como lo hace Martínez de Aguirre, que la “capacidad de obrar” o facultad para ejercer los derechos, de manera autónoma, “no es igual para todas las personas, porque tampoco es la misma la capacidad natural” (Martínez de Aguirre, 2013, p. 29).

A pesar de esto, debe tenerse presente que al hablar de capacidad es necesario hacerlo de una manera relativa por cuanto los individuos poseen capacidades distintas, lo que implica que esta no deba medirse en niveles o grados para efectos de otorgarle validez porque, se insiste, la capacidad o incapacidad no es algo que pueda valorarse en abstracto, en relación con situaciones hipotéticas e indeterminadas.

Sánchez de la Torre hace una distinción en cuanto a los niveles de capacidad indicando que “cada ser humano tiene límites en el conjunto de sus capacidades; y cada ser humano tiene unas potencialidades privilegiadas en que excede al nivel general de las capacidades globales que el conjunto de los humanos suele tener” (Sánchez de la Torre, 2005, p. 376).

Pues bien, no parece afortunado partir de una medida de capacidad desde una perspectiva no contextualizada, tal como lo hace el mencionado autor, por dos razones, a saber: en primer lugar, porque desde el punto de vista sociológico no es posible construir una presunción respecto a las “capacidades globales” que suele tener el conjunto de personas; y en segundo lugar porque la capacidad no necesariamente se relaciona con la posibilidad o imposibilidad de realizar algo.

Precisamente para potenciar las capacidades humanas deben eliminarse las causas que originan la imposibilidad. Reconocer la capacidad jurídica en atención a las potencialidades privilegiadas o a la tenencia de ciertos atributos que se perciben como “corrientes y naturales”, parafraseando a Goffman, precisamente desconoce la idea de igual dignidad, sobre la que descansa toda estructura democrática.

En principio parece no existir inconveniente en aceptar que en determinados casos el ejercicio de la capacidad jurídica pueda limitarse. La razón es que no existen derechos absolutos y que, en ciertas ocasiones, su desenvolvimiento puede comportar tensiones con otros bienes jurídicos y derechos, o incluso cuando se consideren las posibles consecuencias que un determinado acto podría conllevar para la misma persona (De Asís, 2013, pp. 40-41), tal como se ha indicado anteriormente a propósito de las medidas paternalistas.

Ciertamente no podría limitarse la capacidad en razón a prejuicios o miramientos sobre la supuesta falta de idoneidad de una persona para orientar su propio destino, no solo porque el componente emotivo determina gran parte de las decisiones que toma el ser humano — lo cual se constituye a partir de las vivencias de cada individuo, esto es, de su narrativa, preferencias, equivocaciones, triunfos, metas, decepciones, etc.—, sino porque además se efectuaría una variación en la consideración de la dignidad en razón a una situación de desventaja que la misma sociedad ha provocado justamente al limitar el ejercicio de la capacidad o, en otras palabras, al limitar la posibilidad de autorrealización.

El inconveniente se suscita, entonces, cuando desde la propia esfera institucional se asume que la discapacidad comporta la falta de condiciones para el ejercicio de la capacidad, y se limita el discurso sobre el alcance de las libertades (elección y actuación) sobre la base de un patrón común de entendimiento, a través de lo cual termina justificándose, bajo el argumento de la mayor protección, la intervención excesiva de la organización política en espacios de elección que están sujetos a un parámetro mínimo de desempeño social⁵⁸.

⁵⁸ Romañach (2009, p. 27) aclara que la capacidad de realizar funciones de manera autónoma no está relacionada con la capacidad de tomar decisiones sobre la propia vida. Advierte que la confusión entre una cosa y la otra ha llevado a “(...) la institucionalización de personas con poca autonomía física y plena autonomía moral, que se han visto privadas de su capacidad de llevar una vida en igualdad de oportunidades, para la que estaban plenamente preparados”.

En términos generales, dicho parámetro traduce lo que la sociedad espera de un ser humano estándar, esto es, aquel que está dotado de ciertos atributos básicos (autonomía, capacidad, independencia y responsabilidad) que supuestamente le permitirán al individuo asumir con éxito los desafíos de la vida cotidiana⁵⁹.

Desde el punto de vista de las relaciones laborales, usualmente el parámetro de desempeño se mide a través de la contribución o utilidad que reporta el sujeto frente al sistema productivo. Justamente la pensión de invalidez es fruto de la valoración que se hace sobre una presunta situación de incapacidad para el desarrollo de un empleo u oficio, que compensa el régimen de seguridad social asignando una prestación económica a quien haya cumplido las condiciones básicas para obtener dicho reconocimiento, luego de su retiro del sistema productivo⁶⁰.

En el campo de la psicología el mencionado parámetro se mide a través del *test* de inteligencia o coeficiente intelectual. La puntuación determinaría qué personas alcanzan el nivel mínimo de desempeño y quiénes no.

A propósito de esto último, según estudios realizados por la Universidad Western de Canadá y el Museo de Ciencias de Londres, este criterio de medición ha sido altamente cuestionado porque no tiene en cuenta la compleja naturaleza del intelecto humano con todos sus diversos componentes. El estudio sugiere que la capacidad cognitiva se compone de diferentes circuitos (habilidades lingüísticas, memoria, capacidad de razonamiento, habilidad para gestionar las emociones, etc.) y una persona puede destacar en un área de

⁵⁹ Oliver explica cómo a partir de una determinada hegemonía ideológica se traslada la responsabilidad de la rehabilitación a la propia persona con discapacidad, quien además termina asumiendo la culpa de su propio fracaso. Señala Oliver: “(...) la relación entre discapacidad y desviación se puede entender con referencia a la ausencia de obligaciones y responsabilidades sociales que está explícita en el constructo del papel del enfermo y en la visión negativa de la insuficiencia que prevalece en las sociedades industriales y postindustriales. Dado que estas sociedades están cimentadas sobre los ideales liberales de la responsabilidad individual, la competición y el trabajo remunerado, se consideran desviados quienes aparecen como incapaces de cumplir esos ideales” (Oliver, 1998, pp. 37 y ss.).

⁶⁰ Advierte Romañach (2009, p. 26) que en la actualidad se siguen clasificando a las personas según las diferencias orgánicas y se expiden aún certificados de minusvalía vinculados a la realidad médica y funcional.

inteligencia y no en otra, lo que en todo caso no puede medirse a través de una única cifra⁶¹.

Lo anterior conduce a pensar en la necesidad de modificar los patrones que rigen al colectivo social —que a su vez proyectan una determinada idea de dignidad humana—, por cuanto dicha formulación ha generado un efecto adverso sobre ciertos individuos que, por el hecho de no estar en condiciones para cumplir con ellos, se les endilga una menor dignidad, lo que también es fuente propicia para que sean objeto de exclusión (De Asís, 2013, p. 50).

3.2. La igualdad como instrumento de ajuste de las situaciones de desventaja

La idea de igualdad como fin de la justicia es una cuestión que ya abordarían algunos escritos clásicos. Como se ha visto, Aristóteles asume que la justicia comporta brindar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, partiendo de una clasificación de los seres humanos en virtud de las cualidades naturales (*Política*, Libro II).

Sin embargo, la dimensión política de la igualdad hunde sus raíces en la época de las revoluciones liberales. De ese modo, la igualdad se constituye en el mecanismo que pretende desmontar los antiguos privilegios que se otorgaban, de modo exclusivo, a determinados grupos o estamentos sociales. Acorde con el pensamiento liberal, a partir de este nuevo enfoque la ley debía tener carácter general y abstracto. Tal como lo anota Zagrebelsky,

la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de Derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley (Zagrebelsky, 2005, p. 29).

⁶¹ Las conclusiones del estudio están disponibles en el siguiente enlace:
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0896627312005843>

Así pues, la igualdad funge como el instrumento que permite crear las condiciones necesarias para que todas las personas puedan alcanzar sus pretensiones de libertad, removiendo todas aquellas cargas y estructuras sociales que sitúan a algunos individuos en posición de desventaja frente a los demás, lo que generalmente les impide desarrollar por sí mismos un plan de vida digno (autonomía moral). De ese modo, podría expresarse que la igualdad es un ideal de justicia que persigue la sociedad por intermedio del Derecho.

La exigencia formal de igualdad ante la ley —que se constituyó en requisito *sine qua non* para la consolidación del Estado de Derecho— comporta que el contenido de la norma tenga como destinatario al “hombre” considerado en abstracto (*homo iuridicus*). Es la igualdad ante el Derecho que no tiene en cuenta las circunstancias concretas de las personas y que comporta “un idéntico estatus jurídico en la legislación y en la aplicación del Derecho. Así, en relación con los derechos implica que todos son iguales en su titularidad y ejercicio” (De Asís, 2004, p. 61).

Pese a que el desarrollo normativo de la igualdad tiene incidencia también en el proceso de positivación de los derechos, en sentido negativo dicha configuración inicial avivó un escenario de injusticia social toda vez que el Derecho no estaba diseñado para neutralizar las situaciones fácticas de desigualdad que se presentan en la sociedad. Por esa razón, como ya se ha indicado, la formación del Estado Social de Derecho vendría de la mano de las primeras políticas asistenciales, que a juicio de Rey Pérez fueron el resultado, en gran medida, “de las presiones de los movimientos obrero y socialista que reclamaban una mejora en la calidad de vida del proletariado y de aquellos sectores sociales menos favorecidos” (Rey, 2007, p. 38).

Tal como lo señala Norberto Bobbio, a diferencia de lo que ocurre con el reconocimiento de los derechos de libertad —en donde se toma en cuenta la figura del hombre indeterminado—, en la distribución de los derechos de contenido igualitario se deben tener en cuenta las condiciones personales y las diferencias específicas que, de acuerdo con este autor, “son relevantes para distinguir un individuo de otro, o mejor, un grupo de individuos de otro” (Bobbio, 1991, p. 117).

Efectivamente, como lo anota Laporta, el principio de igualdad funciona teniendo en cuenta rasgos relevantes e ignorando rasgos irrelevantes; es decir, cuando hay rasgos

relevantes justifica un trato diferencial, que no se justificaría ante rasgos irrelevantes (Laporta, 1985, pp. 15 y ss.). Pese a que este autor reconoce las dificultades para valorar el factor de relevancia⁶², lo cual trata de abordar desde diversas líneas de aproximación, concluye que una diferencia justifica un trato diverso si existe una relación de implicación entre la condición de aplicación y la consecuencia normativa (Laporta, 1985, pp. 15 y ss.).

Lo anterior tiene presente que el fin que debe cumplir la igualdad dentro del ordenamiento jurídico no es el de homogeneizar situaciones que por naturaleza son diversas (cuestiones de género, capacidad, raza, etc.)⁶³, sino el de impedir que dichas diferencias se traduzcan en un trato desigual o discriminatorio⁶⁴.

Entonces, solamente a partir de la consideración del sujeto como “ser humano situado” (mujer, niño, persona en situación de discapacidad, trabajador, etc.) demandante de exigencias específicas es posible definir un sistema de derechos basado en la idea de dignidad humana que garantice la procura existencial de todas las personas en las mismas condiciones.

En relación con las libertades básicas, la igualdad obliga a otorgarles un trato jurídico similar en lo que respecta a su titularidad y ejercicio. Asimismo, la igualdad funge como criterio orientativo que permite dotar de contenido y fijar el alcance de los derechos prestacionales (salud, educación, trabajo, vivienda, etc.), teniendo en consideración que una cosa es el enunciado normativo que recoge el principio de igualdad y otra cosa son las normas jurídicas que protegen contenidos relacionados con la igualdad.

Como corolario de lo anterior, en el Estado Social de Derecho la igualdad jurídica debe visualizarse a través de tres enfoques: i) igualdad como exigencia de generalidad; ii) igualdad como exigencia de diferenciación positiva; iii) igualdad como exigencia de

⁶² Tal como lo señala Cerdá Martínez (2005, p. 195), la cuestión de la relevancia excede al ámbito normativo del principio de igualdad, por lo cual debe resolverse atendiendo la ideología imperante en un momento y lugar determinado.

⁶³ Máxime si se tiene en cuenta que un sistema democrático solamente a través de la igual valoración jurídica de las diferencias (Ferrajoli, 1999, pp. 75 y ss.).

⁶⁴ Aunque es habitual el uso indistinto de las expresiones, es importante hacer una distinción entre trato desigual y trato discriminatorio. El primero supone un desconocimiento de la igualdad como exigencias de generalidad y de diferenciación positiva; el segundo, de la igualdad como exigencia de equiparación. Técnicamente el primero lleva a la desigualdad y el segundo a la discriminación. Aunque en la práctica los diferentes contenidos que recoge el principio de igualdad pueden terminar entrecruzándose.

equiparación o como prohibición de diferenciación negativa (Pérez Luño, 2005, pp. 128 y ss.).

a) La igualdad como exigencia de generalidad es la que se encuentra presente en la fase de positivización de los derechos (De Asís, 2004, pp. 60 y ss.) y comporta, tal como se reseñó previamente, la configuración impersonal del supuesto de hecho que ha de servir de fundamento para la imputación de la consecuencia jurídica definida en la norma.

Tal como lo refiere Perez Luño, la igualdad ante la ley

es la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales (...) implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos (Pérez Luño, 2007, p. 22).

Lo anterior supone otorgar un trato jurídico igual a situaciones iguales o que al menos desde el punto de vista formal resultan comparables.

b) La igualdad como exigencia de diferenciación positiva supone otorgar un trato jurídico diverso a situaciones o circunstancias distintas —que deben considerarse relevantes para el disfrute y ejercicio de los derechos—, de acuerdo con presupuestos jurídicos que impidan la arbitrariedad. Supone tener en cuenta circunstancias específicas que el Derecho debe valorar previamente y que ciertamente exigen un trato diferenciado.

Una de las cuestiones más problemáticas dentro de esta faceta de la igualdad es la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando un trato aparentemente neutro ocasiona una desventaja particular a una persona o incide negativamente en un grupo de personas (De Asís, 2004, pp. 61 y ss.).

Se trata, entonces, de tener en cuenta circunstancias concretas (edad, ingresos, género, situación de discapacidad, etc.) que el Derecho debe valorar previamente y que ciertamente exigen un trato diferenciado, de donde subyace la importancia de efectuar “ajustes

razonables”. Pero sobre ello se volverá más adelante, cuando se aborde el tema de la accesibilidad universal.

Especialmente a partir del enfoque de la igualdad como diferenciación positiva es posible plantear un discurso de los derechos fundamentales que justifique la adopción de medidas concretas de protección que se encaminen a favorecer a determinados grupos de personas. Por esa razón, la configuración normativa de dichas medidas no implica, de suyo, la consagración de un trato privilegiado en favor de ciertos colectivos sino la materialización de los postulados de justicia y equidad, principios cardinales de un Estado que se funde en el respeto de la dignidad humana.

Tal como lo señala Rafael de Asís, esta exigencia de la igualdad da lugar al establecimiento de medidas

que de alguna manera se relacionan con un determinado tipo de organización jurídico-política como es el Estado Social de Derecho, y se presentan al hilo de dos de las principales funciones que en ese ámbito corresponden al Derecho, esto es, la función promocional y la función redistributiva (De Asís, 2004, p. 61).

El estudio de dichas medidas se efectuará en el acápite siguiente, una vez se analicen las diversas proyecciones del denominado modelo social de la discapacidad.

La exigencia formal de igualdad como diferenciación positiva también permite dotar de contenido la dimensión material de la igualdad. Así pues, la igualdad material supone la conexión teleológica entre el supuesto de la norma y la realidad, habida cuenta que las condiciones económicas, sociales o culturales resultan determinantes para el ejercicio de los derechos.

En ese sentido, la concepción liberal de la igualdad como punto de partida, cuyo propósito estelar fue la de apuntalar el principio de seguridad jurídica, se amplía en el Estado Social de Derecho con la idea de libertad promocional como punto de llegada, cuyo fundamento de operatividad ya no se reduce a los ámbitos de justicia y validez sino también al de eficacia.

Como se había mencionado, la igualdad material es el dispositivo normativo que permite canalizar las necesidades de la sociedad y compensar aquellas situaciones de desventaja que impiden el disfrute general y efectivo de los derechos.

Es de anotar que la igualdad no se opone a las diferencias sino a las desigualdades (Fernández, 2003, p. 20). Toda persona sin distinción alguna es titular de derechos fundamentales y debe recibir el mismo tratamiento jurídico por parte de las autoridades, independientemente de sus características diferenciadoras. En ese sentido, se justifica plenamente un trato diverso en favor de determinadas personas cuando de una diferencia o un rasgo distintivo se deriva una situación de desigualdad.

c) La igualdad como exigencia de equiparación o como prohibición de diferenciación negativa implica conferir un trato igual a situaciones jurídicamente equiparables, o en su dimensión negativa es la prohibición de efectuar distinciones arbitrarias o trato excluyente en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos (cláusula de no discriminación).

Pues bien, en oposición a lo anterior esta dimensión de la igualdad no se orienta a equiparar situaciones entre las que se dan diferencias sustanciales, sino a “(...) no establecer discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes” (Pérez Luño, 2007, p. 26). A pesar de que se trata de supuestos fácticos no coincidentes entre sí, dichas diferencias dentro de un contexto específico se consideran irrelevantes para el Derecho. Esta dimensión de la igualdad apunta a evitar tratos degradantes o, como se ha entendido comúnmente, busca evitar tratos desiguales que no se justifiquen plenamente y que se basen en criterios de distinción que resultan altamente sospechosos, como lo son la nacionalidad, el género, la orientación sexual, la discapacidad, entre otros.

Con todo, mediante esta última faceta de la igualdad se busca prohibir situaciones de discriminación directa.

3.2.1. La cláusula de no discriminación dentro del principio general de igualdad

Tradicionalmente se ha considerado la igualdad y la cláusula de no discriminación como conceptos análogos; también se ha considerado a esta última como el componente negativo de la primera⁶⁵. Sin embargo, se trata de enunciados que poseen un contenido normativo propio⁶⁶, pese a que los dos se enmarcan dentro de un mismo principio general, precisamente el de igualdad.

Para Cerdá Martínez, la igualdad propiamente dicha opera “imponiendo un tratamiento igualitario entre situaciones equivalentes” (Cerdá, 2005, p. 197). Respecto a la prohibición de discriminación sostiene que “tiene como función esencial la preservación de las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos sociales tradicionalmente discriminados, por razón de sexo, de raza, de religión, etc.” (Cerdá, 2005, p. 197).

Para la mencionada autora, la prohibición del trato desigual para situaciones que resulten comparables constituye la vertiente negativa de la igualdad, en línea con lo que se ha señalado en este documento. Quizás una de las dificultades que presenta su planteamiento es que incluye la exigencia de diferenciación en la igualdad ante la ley, restando importancia a la dimensión promocional del principio de igualdad —o exigencia de diferenciación—; esto es, a aquella faceta que obliga a efectuar un trato diverso incluso cuando la propia norma no lo disponga, entendiéndose que una aplicación neutral de la misma conllevaría a una situación de desigualdad.

⁶⁵ A partir de los fenómenos sistemáticos de discriminación que se presentaron desde diferentes latitudes, empezó a concebirse la discriminación dentro del razonamiento jurídico como la antítesis de la igualdad, y se vinculó normativamente a este componente arguyendo que sería discriminatorio todo trato diferenciado que no estuviera jurídicamente justificado. Sin embargo, el injusto que se configura desde la exclusión, que es el hecho valorado a través de la tutela antidiscriminatoria, desde el punto de vista fáctico puede llegar a exceder el supuesto del trato diferenciado, incluso involucrando contenidos cuya protección pertenecen al ámbito de la dignidad y autonomía del ser humano.

⁶⁶ Ramón Martínez Tapia (2000, p. 50) plantea algunos reparos a la jurisprudencia del Tribunal constitucional español por asimilar la discriminación a la desigualdad no razonable. En esta misma línea, Cerdá Martínez (2005, p. 196) hace una diferenciación entre la prohibición de la discriminación y la prohibición del trato desigual, entendiendo aquella como “(...) un instrumento técnico que excluye la posibilidad de que sean tomadas en cuenta como circunstancias relevantes a la hora de aplicar el principio de igualdad una serie de ellas como la raza, el sexo, la ideología, la religión, etc. (...) para evitar o corregir situaciones de indignidad que han afectado y siguen afectando a grupos sociales determinados”.

En un Estado que se autoproclame como social y democrático, la igualdad como principio orientador es el instrumento a través del cual se distribuyen los bienes e intereses jurídicos entre todos los miembros de la comunidad mediante criterios de justicia y equidad (mandato de actuación).

De ese modo, se otorga a las personas el derecho a recibir igual trato *en la ley* (carácter general e impersonal en el contenido de la ley); e igual trato *en la aplicación* de la ley (trato neutral en el momento de la aplicación por parte de las autoridades competentes)⁶⁷; al tiempo que impone un deber general a los poderes públicos: el de adoptar los mecanismos normativos suficientes para equilibrar o nivelar las cargas al interior de la sociedad, corrigiendo las desigualdades y eliminando todas aquellas barreras sociales y económicas que impiden el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones (dimensión objetiva y subjetiva).

Por su parte, la cláusula de no discriminación comporta la proscripción de toda forma de segregación que se base en prejuicios y estereotipos (ideas, prácticas, creencias, actitudes, costumbres, opiniones, etc.) producto de la fijación de estándares y modelos sociales por parte del grupo mayoritario⁶⁸.

Así pues, dicha cláusula, además de garantizar una posición jurídica subjetiva, esto es: además de conferir la titularidad de un derecho (justamente el derecho a no recibir un tratamiento discriminatorio), también funge como norma imperativa de abstención (mandato de prohibición) que impide otorgar un trato degradante o arbitrario cuando el mismo se funde en razonamientos y preconcepciones que subyazan del imaginario colectivo y que se enmarquen dentro de un objetivo básico: el de imponer los patrones culturales dominantes a través de la eliminación de las diferencias⁶⁹.

⁶⁷ Dada la importancia que ha tomado el precedente jurisprudencial en los sistemas de justicia constitucional, incluso en el modelo continental europeo, esta exigencia de igualdad también supondría “el respeto del precedente por el propio órgano y con la sujeción a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores” (Fernández y Rodríguez-Piñero, 1986, p. 25).

⁶⁸ La cláusula antidiscriminatoria tiene “(...) un sentido emancipatorio y antisegregacionista en razón de determinados fenómenos históricos muy arraigados que han situado a determinados colectivos en una situación de marginación (...)” (Cerdá, 2005, p. 211).

⁶⁹ Laporta (1985, p. 14) circunscribe el hecho discriminatorio al trato diferenciado, concibiendo que la cláusula de NO discriminación opera en función a la cancelación de ciertos rasgos que han servido de fundamento para realizar una diferenciación.

La cláusula de no discriminación le impone al operador jurídico, cuando la situación así lo disponga, la realización de un juicio de disertación que le permita decidir sobre la aplicación de su contenido a una controversia constitucional que se suscite a partir de un trato, actuación o medida cuyo impacto normativo plantee la adopción de mecanismos de corrección que se enfoquen en la protección de los derechos y libertades ciudadanas.

En atención a que cada uno de dichos enunciados se sustenta sobre un presupuesto jurídico distinto, es necesario distinguir cuando una situación específica deba evaluarse desde la igualdad o desde la cláusula de no discriminación, o desde ambas. De conformidad con lo anteriormente planteado, es posible esbozar los siguientes criterios de identificación:

1. El contenido normativo de la igualdad, en su dimensión objetiva y subjetiva, subyace de las facetas de la igualdad como exigencia de generalidad y como exigencia de diferenciación positiva. Por su parte, el contenido normativo de la cláusula de no discriminación emerge de la proyección de la igualdad como exigencia de equiparación o de prohibición de diferenciación negativa.
2. La igualdad permite brindar un trato diferenciado para promover el ejercicio efectivo de los derechos (igualdad material). De ese modo, el *test* de igualdad garantiza que no se otorguen prerrogativas injustificadas, de suerte que si la diferencia no resulta fundada ciertamente se estaría vulnerando el contenido de la igualdad.

Por el contrario, la cláusula de no discriminación prohíbe otorgar un trato diverso a situaciones jurídicamente comparables, al reprobador además aquellos actos y conductas que tengan la virtud de anular el contenido material de la dignidad humana, tomando como referencia para el análisis los criterios históricos de exclusión y marginación.

3. La aplicación de la norma sobre igualdad obliga a efectuar un análisis relacional entre dos o más situaciones jurídicas comparables que se enmarcan dentro de un determinado contexto normativo. Por el contrario, la cláusula de no discriminación obliga a aplicar una norma constitucional de contenido

sustancial a un caso específico, sin que sea necesario el examen de comparación.

4. Teniendo en cuenta que el enunciado normativo que recoge la igualdad generalmente adopta la forma de principio (mandato de optimización), entonces el análisis hermenéutico deberá precisar aquel contenido que pueda ser válidamente aplicable a un caso particular, para lo cual resulta útil el criterio de razonabilidad y proporcionalidad (*test* comparativo).

Por su parte, la cláusula de no discriminación generalmente adopta la forma de regla jurídica (mandato definitivo), debiéndose entonces evaluar, dentro del estudio interpretativo, la aplicabilidad o inaplicabilidad de la misma a un caso particular (contenido material indivisible) y descartándose por tanto el término de graduación normativa.

5. El derecho a la igualdad brinda argumentos para justificar un trato diverso, al concebir que el elemento de diferenciación en un caso específico resulta relevante para el Derecho. Factores tales como la edad, ingresos económicos, género, discapacidad, entre otros, permiten la adopción de medidas afirmativas en favor de grupos que personas que se encuentran en situación de desventaja respecto de las demás.

Entretanto, la cláusula de no discriminación busca igualar situaciones diversas que resultan jurídicamente comparables toda vez que, en un caso específico, el factor de diferencia es irrelevante para el Derecho.

6. Los eventos de discriminación indirecta —donde se brinda un trato neutro a una situación que requiere un trato diverso— deben analizarse desde el ámbito de la igualdad como exigencia de diferenciación positiva⁷⁰.

⁷⁰ La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye la denegación de ajustes razonables (adecuaciones físicas) como un supuesto de discriminación, siempre y cuando dichos ajustes no supongan una carga desproporcionada a quien deba realizarlos (Art. 2). Aquí se considera que en este específico supuesto se está haciendo alusión a una situación de discriminación indirecta.

Por su parte, los eventos de discriminación directa se evalúan a través de la cláusula de no discriminación o de igualdad como exigencia de equiparación.

Ahora bien, cuando el supuesto trato neutro no es inconsciente sino que está precedido por la intención y voluntad del agente de socavar la dignidad humana o la libre autodeterminación de un colectivo históricamente excluido (por ejemplo, cuando establece en los concursos para el ingreso a los empleos públicos —bajo el argumento del fortalecimiento de la imagen institucional— baremos de medición física que impidan a las personas con acondroplasia ocupar una plaza de trabajo), ciertamente se estaría ante un evento de discriminación directa.

7. El titular del derecho a la igualdad puede ser la persona natural (individual o considerada colectivamente)⁷¹ o también una persona jurídica (de carácter público o privado). Por el contrario, el titular del derecho a la no discriminación solamente es la persona natural, en atención a que la conducta o medida que provoca la exclusión se motiva en algún rasgo distintivo, una preferencia, una condición intrínseca o la elección de un determinado plan de florecimiento humano, tópicos que ciertamente no son trasladables a las personas jurídicas, tal como acontece con la faceta subjetiva del derecho a la libertad de conciencia.
8. La vulneración del derecho a la igualdad podría conllevar la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma (control concentrado); a una excepción de inconstitucionalidad (control difuso); a la nulidad de un acto administrativo; a una sanción administrativa; y de modo particular, en las legislaciones que así lo contemplen, a un exhorto a los poderes públicos para que se promueva el ejercicio del derecho.

Por su parte, la vulneración de la cláusula de no discriminación podría conllevar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma; a una excepción de

⁷¹ La discriminación tiene una dimensión grupal o colectiva, esto es, es un fenómeno que se produce en razón a las características que una persona comparte con un grupo. Empero, esto no implica que las medidas antidiscriminatorias necesariamente deban arbitrase a través de derechos colectivos. Sin embargo, tal como lo plantea Añón Roig (2013, pp. 134-135), implementar dichas medidas solo de cara a la dimensión intersubjetiva difícilmente permitirá conjurar situaciones complejas de exclusión, como es la discriminación interseccional.

inconstitucionalidad; a la nulidad de un acto administrativo; a una sanción administrativa; y de modo particular, a la declaratoria de responsabilidad penal respecto del sujeto activo del acto discriminatorio. Ahora, en el evento en que la conducta sea perpetrada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, también podrá dar lugar a un juicio de responsabilidad disciplinaria. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones judiciales que derivan del tipo penal de abuso de autoridad.

Los anteriores criterios permitirán inferir que se evalúe una situación específica ya sea desde la igualdad o desde la cláusula de no discriminación. Finalmente, debe anotarse que respecto a la libertad de configuración legislativa, en el juicio ordinario de aplicación de la igualdad deberá existir una presunción de constitucionalidad a favor de las leyes expedidas por el Parlamento, no solo por su origen democrático sino por el carácter teleológico de la norma que recoge el contenido de la igualdad. Por el contrario, la aplicación de la tutela antidiscriminatoria restringe el ámbito de deferencia hacia el legislador e impone al juez un análisis de constitucionalidad más riguroso.

3.2.2 La cláusula de no discriminación como dispositivo constitucional para la protección de los derechos. Método de aplicación

Conforme a lo que se ha esbozado, la labor del operador jurídico se centrará en determinar, *en primer lugar*, qué contenido de la igualdad ha sido presuntamente desconocido teniendo de presente que el cauce de vulneración puede provenir de una disposición normativa, de una acción u omisión por parte de los poderes públicos o de una conducta particular antijurídica.

El hecho de que se encuentren presuntamente comprometidas libertades fundamentales de personas pertenecientes a colectivos históricamente marginados no necesariamente supone que el caso deba analizarse desde la perspectiva discriminatoria. Piénsese en el evento en que a una mujer en situación de discapacidad se le niega un tratamiento médico por no haber efectuado los aportes correspondientes al sistema de salud. Este caso debería abordarse desde la dimensión de la igualdad como exigencia de diferenciación positiva, claro está sin perjuicio de los demás derechos que puedan resultar vulnerados.

Ahora bien, una vez el operador jurídico establece que la medida o actuación se adecúa a los presupuestos planteados en el numeral anterior, lo que le permite inferir que aquella puede someterse como objeto de examen a través de la cláusula de no discriminación, deberá entonces proceder, *en segundo lugar*, a efectuar el juicio de adecuación de los elementos fácticos del caso en relación con el contenido material de la cláusula antidiscriminatoria, de conformidad con los estándares de interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

Habitualmente, en relación con la igualdad se ha utilizado el *test* comparativo para poder determinar si un acto resulta injustificado y por ende discriminatorio⁷²; se evalúa, entonces, si un trato diferenciado efectivamente se soporta en una medida o disposición que resulte constitucionalmente necesaria (que persiga un fin constitucionalmente legítimo), adecuada (que tenga la virtud de perseguir dicho fin) y proporcional (que no sacrifique valores constitucionales más relevantes que los que se busca proteger a través de la medida diferenciadora).

Esta práctica interpretativa se basa en la idea de que todo trato desigual que no se justifique y que además se funde en alguna de las categorías tradicionales de exclusión (cláusulas sospechosas), por regla general comportaría una afectación de la regla de no discriminación, lo que en todo caso exige al operador jurídico un ejercicio de escrutinio más riguroso⁷³. En síntesis, esta práctica se sustenta en el siguiente razonamiento: si un trato desigual no resulta plenamente justificado, entonces es discriminatorio.

Como puede observarse, esta perspectiva de análisis parte del supuesto de que la no discriminación es el componente negativo de la igualdad, y admite que la delimitación del contenido del derecho no se da por unos elementos de valoración propios sino por la forma como pueda sustentarse el trato diferenciado, desde la igualdad, a través de razones y argumentos que se logren esgrimir.

⁷² Así lo han intuido, entre otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal constitucional español.

⁷³ La Suprema Corte de Estados Unidos, a través de la interpretación de la Enmienda XIV que consagra *la igual protección de las leyes*, ha utilizado en diversos casos la doctrina del control estricto de constitucionalidad *strict scrutiny* para brindar protección a grupos minoritarios, como por ejemplo en el caso *Gonzales V. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, mediante el cual se garantizó la libertad de cultos de una comunidad religiosa.

Pues bien, aquí se defiende la postura según la cual tratándose de la cláusula de no discriminación, dicha metodología interpretativa no resulta del todo afortunada en atención a que, como ya se ha mencionado previamente, aquella se constituye en una regla constitucional que no admite excepciones ni tampoco aplicaciones parciales o intermedias —contenido material inescindible—. Se insiste, desde el punto de vista constitucional un trato diferenciado podría llegar a justificarse. Un trato discriminatorio no⁷⁴.

A diferencia de lo que ocurre con el examen de igualdad, la cláusula de no discriminación, por su particular naturaleza, no exige el término de comparación (que se sustenta en un análisis relacional de dos entidades jurídicamente análogas con base en determinados presupuestos normativos), en razón a que se trata de una regla sustantiva de orden constitucional, cuyo margen de aplicabilidad ya ha sido previamente estimado por el constituyente o el legislador, según sea el caso.

Obsérvese que, tratándose de la igualdad, el término de comparación o *tertium comparationis* permite efectuar un análisis relacional acerca de la validez y justificación del trato diferenciado. Ahora, en aplicación de la cláusula antidiscriminatoria dicho término de comparación cumpliría otra función: serviría para evidenciar las características y circunstancias de modo, tiempo y lugar del acto que se reprueba (elemento probatorio de carácter procesal). Pero en sí mismo no permitiría auscultar la particular naturaleza del acto discriminatorio.

⁷⁴ Como dato histórico, cabe mencionar que en *Korematsu V. United States* (1944), a través del cual se analizó la constitucionalidad de una norma que permitía distinciones basadas en la raza y origen nacional, evaluándose el caso de un ciudadano de origen japonés quien fue detenido durante la Segunda Guerra Mundial por desafiar la orden de reubicación y asentamiento, y por permanecer en una zona que se consideraba vulnerable al espionaje, la Suprema Corte de Estados Unidos dictaminó que dicha medida estatal no resultaba inconstitucional, al concebir que una necesidad pública imperiosa justificaba restricciones a los derechos civiles. Paradójicamente, los miembros del tribunal de aquel entonces reconocían que el antagonismo racial en ningún caso podía validar una limitación al ejercicio de las libertades. En 1980, el presidente Carter nombró una comisión especial para investigar el internamiento de japoneses durante la Segunda Guerra mundial; esta llegó a la conclusión de que la orden de asentamiento en los sitios dispuestos exclusivamente para este grupo poblacional estuvo motivada por prejuicios raciales. De ese modo, en 1983, Fred Korematsu logró persuadir a un tribunal federal para que anulara formalmente su condena. A finales de la década de los 80 el Congreso de Estados Unidos ofreció disculpas públicas por los daños y perjuicios causados con ocasión de los campos de internamiento para japoneses. Finalmente, en 1998 el presidente Bill Clinton impuso a Fred Korematsu la Medalla Presidencial de la Libertad. Lo anterior evidencia no solo las dificultades de evaluar la discriminación del trato diferenciado no justificado, sino además que el criterio de razonabilidad o de necesidad debe someterse a crítica constante.

La tutela antidiscriminatoria no necesariamente se encamina a evaluar la ilegitimidad de un trato diferenciado, sino más bien a desaprobar un acto que haya estado orientado a afectar la dignidad humana y la libre determinación del ser humano, así en la práctica algunos actos discriminatorios puedan formularse bajo el esquema del trato desigual. En el supuesto de que a una persona se le impida, por motivo de discapacidad cognitiva, llevar a cabo una determinada práctica religiosa dentro de un centro particular de congregación, el examen de constitucionalidad no deberá ceñirse a la realización de un *test* de ponderación en relación con los derechos que se contraponen (libertad de empresa/libertad religiosa *vs.* libertad de culto/libre desarrollo de la personalidad), ni tampoco a la realización de un juicio de igualdad en relación a dos o más entidades jurídicamente comparables⁷⁵ (trato desigual frente a las personas que sí pueden llevar a cabo dicha práctica religiosa), sino que el estudio deberá centrarse en las expectativas e intereses jurídicos de la persona que ha sido destinataria de la presunta ofensa institucional, evaluando si dicho proceder efectivamente vulneró la cláusula antidiscriminatoria.

Cuestión distinta es lo que sucede con las acciones afirmativas que surgen de la faceta de igualdad como exigencia de diferenciación positiva (que, como se ha expresado previamente, apuntan a evitar situaciones de discriminación indirecta), pues precisan de un examen basado en la razonabilidad constitucional de la medida o actuación. De ese modo, si la acción afirmativa no llega a superar el parámetro de diferenciación, se estaría entonces afectando el contenido normativo del derecho a la igualdad. Sobre dichas medidas se volverá más adelante.

Es menester colegir que no todo trato desigual que no esté plenamente justificado es *per se* discriminatorio. Por ejemplo, la exigencia en la legislación colombiana de requisitos adicionales para que un hombre pueda demostrar su condición de cabeza de familia, a efectos de la obtención de ayudas y beneficios por parte del Estado, en relación con los requisitos que se exigen a una mujer para poder acreditar dicha calidad⁷⁶.

⁷⁵ Téngase en cuenta que el *test* comparativo deberá versar sobre dos entidades cuyo factor común las hace jurídicamente equiparables. El hecho de que un grupo de personas asista a un mismo centro religioso no necesariamente las sitúa dentro de una misma posición jurídica.

⁷⁶ A juicio de la Corte Constitucional colombiana, los beneficios que se otorgaban exclusivamente a las mujeres cabezas de familia debían extenderse, también, a los hombres cabeza de familia; aunque también ha justificado que exista mayor rigurosidad probatoria en la constatación de los hechos, esto es, en la demostración de que la familia efectivamente estuviese a cargo del hombre (vínculo estrecho que se traduzca en amor, cuidado, apoyo, etc.), dado que tradicionalmente el rol de este último se ha circunscrito a proveer bienes de consumo, lo que en sí mismo no es suficiente en relación con la protección del núcleo familiar. En

En este caso, el trato desigual no estaría plenamente justificado por cuanto el otorgamiento de ayudas apunta, en últimas, a salvaguardar los derechos de las personas que conforman el núcleo familiar. Sin embargo, no se configuraría un trato discriminatorio dado que el motivo de la medida no es imponer gravámenes que tiendan a subvalorar o a degradar a una persona o a un determinado grupo de personas —en este caso los hombres—, sino que apunta al reconocimiento de un hecho histórico acerca del papel que ha ocupado la mujer en lo que atañe a la protección del grupo familiar.

Dicho antecedente histórico les estatuye a las autoridades la obligación de remover las cargas sociales respecto a un colectivo que tradicionalmente ha estado en posición de desventaja —en especial cuando se trata de la distribución de recursos y bienes escasos—, además de que le compele a adoptar medidas especiales de amparo a favor de este grupo poblacional (por ejemplo, legislación contra la violencia de género).

Sin embargo, la dinámica actual evidencia un cambio en la asunción de los roles sociales a propósito de las competencias y responsabilidades que paulatinamente ha asumido el hombre en lo que respecta a la protección de la estructura familiar, más allá del aporte económico. En ese sentido, no parece hoy en día tener asidero una medida de diferenciación que imponga una mayor carga probatoria al hombre cabeza de familia, en relación con los condicionamientos que exige la ley para el otorgamiento de los beneficios sociales, económicos o laborales pero, se insiste, no por una cuestión de discriminación sino por una cuestión de igualdad.

Con todo, el análisis de tres componentes estructurales deberá acompañar la aplicación de la cláusula antidiscriminatoria:

- i) Desde el punto de vista fáctico, el alcance de la cláusula de no discriminación no se circunscribe solamente al análisis del tratamiento diferenciado, sino que comprende el juicio de reproche en relación con una medida o conducta que

consecuencia, en el caso que motivó el pronunciamiento (garantía de estabilidad laboral también para los hombres), la Corte expresó que la diferencia de trato se encontraba justificada. Pues bien, más allá de la falta de solidez del argumento, en tiempos actuales resulta interesante observar cómo en esta misma jurisprudencia el Alto Tribunal dejó entrever que el asunto debía resolverse en sede de igualdad y no aplicando la cláusula de *no* discriminación, en línea con lo que se ha señalado en este documento. Al respecto, ver Sentencia SU-389 de 2005. M. P. Jaime Araújo Rentería.

afecte, o que al menos tenga el propósito de afectar gravemente, el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales de cualquiera de los grupos históricamente excluidos; esto en atención al carácter transversal de la precitada cláusula constitucional. En consecuencia, el juicio de desvalor sobre el trato diferenciado es tan solo una de las proyecciones de la tutela antidiscriminatoria.

Un elemento que resulta clave para poder precisar la naturaleza discriminatoria de un acto es evaluar la aptitud o entidad que pueda tener dicho acto para minar la dignidad, la integridad o la libre autodeterminación del ser humano.

Ahora bien, el nivel de afectación material o el carácter invasivo del acto discriminatorio sobre los derechos también estará determinado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produzcan los hechos. No es lo mismo que el comportamiento presumiblemente reprochable expanda sus efectos en un ámbito privado, a que tenga difusión en el ámbito público (cuando se divulgan expresiones racistas a través de las redes sociales).

- ii) En el plano objetivo, el contenido material de la cláusula de no discriminación contiene ínsito el juicio de desvalor en lo que respecta a la acción odiosa. De ese modo, al margen de que efectivamente se produzca una afectación a los derechos amenazados, el juicio de reproche deberá operar desde el mismo momento en que se ponga en riesgo o se busque restringir un derecho a través de un trato degradante, con motivo de género, religión, orientación sexual, discapacidad, edad, raza, etc. En otras palabras, lo que se cuestiona en sí es la puesta en marcha de una conducta o de un acto que tenga la virtud de provocar un perjuicio, más allá de que efectivamente se logre vulnerar el núcleo esencial de los derechos que sean objeto de amenaza.
- iii) En el plano subjetivo, la tutela antidiscriminatoria comporta la respuesta normativa a la materialización de una conducta que se oriente a causar un daño.⁷⁷ En consecuencia, para que se configure la actuación discriminatoria es

⁷⁷ Resulta llamativo que, a juicio de la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C- 671 de 2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero P.), la discriminación por motivo de discapacidad esté desprovista del carácter intencional, por lo que ella misma sitúa a este fenómeno dentro de la faceta de la discriminación indirecta.

necesario que la misma esté precedida por un acto volitivo e intelectual encaminado a producir una afectación a las libertades fundamentales de una persona específica o de un grupo específico de personas. En todo caso, existe una presunción general que apunta a que cualquier acto o conducta que atente contra los derechos y libertades de los grupos históricamente subvalorados tiene una alta probabilidad de configurarse como discriminatoria, lo que no significa que necesariamente devenga en inconstitucional, siempre y cuando logre desvirtuarse dicha presunción. En todo caso hay un traslado de la carga de la prueba al presunto agresor.

En suma, lo que se busca con la tutela antidiscriminatoria es evitar que mediante el uso arbitrario del poder se pretenda imponer una visión absolutista y sesgada de la realidad, desconociendo la plena vigencia de los valores democráticos. Para ello debe tenerse en cuenta que la configuración del acto discriminatorio no necesariamente se sustenta en la falta de justificación de un trato desigual, sino en la intención del sujeto activo de la conducta que se reprueba por producir un menoscabo a la dignidad e integridad física y/o moral de las personas. De ese modo, el componente subjetivo del acto o medida discriminatoria se estructura a partir de dos elementos: la conciencia de antijuricidad (aspecto cognoscitivo) y la realización de una conducta que se dirija a provocar marginalidad y exclusión social (aspecto volitivo).

En conclusión, pese a que la vulneración de la igualdad, desde su dimensión objetiva y subjetiva, como de la cláusula de no discriminación comporta la trasgresión del Principio general de Igualdad, no en todos los casos se afectan conjuntamente estos dos componentes. No obstante, existen situaciones donde de un mismo acto, norma o conducta se produce paralelamente una afectación del derecho a la igualdad y de la cláusula de *no* discriminación.

Ciertamente, en el evento de que a una mujer en situación de discapacidad cognitiva se le practique un procedimiento quirúrgico de anticoncepción definitiva, sin contar previamente con su consentimiento, no solamente se le estaría discriminando por razón de discapacidad, sino que además se le estaría impidiendo el libre ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos (lo que implica, entre otros, la anulación del derecho a recibir información

accesible y adecuada a sus necesidades para la toma de sus propias decisiones) en igualdad de condiciones. En estos casos, el examen deberá versar sobre cada uno de dichos elementos y en todo caso el juicio de constitucionalidad deberá constatar la presunta vulneración de dos normas de orden superior, cada una de ellas con un contenido normativo propio y de las que podrán surgir diversas consecuencias jurídicas.

Debido a que la igualdad comporta un mandato de actuación para los poderes públicos (dimensión objetiva), pero también asegura una posición jurídica (dimensión subjetiva) la valoración de este componente deberá efectuarse, en cuanto a la primera dimensión, a través del impacto que tiene la igualdad dentro del ordenamiento jurídico (efecto irradiación); y en cuanto a la segunda, a través de un juicio de razonabilidad comparativo en relación con un tratamiento jurídico diferenciado. Entretanto, si el caso presupone una vulneración de la cláusula de no discriminación, el operador jurídico tendrá que aplicar directamente una norma sustantiva que efectivamente asegure una posición jurídica, pero sin que sea necesario llevar a cabo el análisis sobre su impacto dentro del ordenamiento (lo cual ha sido previamente valorado), ni tampoco el *test* comparativo, al menos no para evidenciar la naturaleza discriminatoria del acto que pretende reprobarse.

3.3. El modelo social de la discapacidad. El tratamiento de la discapacidad desde el enfoque de los derechos

Hasta hace relativamente poco tiempo, el reconocimiento normativo de las aspiraciones éticas de las personas en situación de discapacidad estaba condicionado a la *voluntad compasiva* de los grupos mayoritarios. Entonces, inicialmente el tema de la discapacidad no se veía como un asunto de derechos humanos, sino que era una cuestión que se enmarcaba dentro de la caridad y la beneficencia.

Pese a que no es tarea fácil determinar a ciencia cierta en qué periodo histórico surge la discusión a propósito del trato que se brinda a este colectivo de personas, es posible identificar, siguiendo los trabajos de Agustina Palacios⁷⁸, tres modelos de análisis de la

⁷⁸ Aunque existen diversas propuestas o metodologías para el abordaje de la discapacidad, para los propósitos de este documento se tomarán como referencia los planteamientos de la autora argentina, no solo por su reconocimiento académico sino también porque brindan un marco teórico que permite una aproximación al

discapacidad, lo que permite además evidenciar el desarrollo evolutivo de esta materia. Dichos modelos se abordarán en el acápite siguiente.

3.3.1 Modelos de aproximación al estudio de la discapacidad

Tal como lo indica Palacios (2007, pp. 243 y ss.), un primer momento de reflexión sobre la discapacidad inevitablemente remite a consideraciones de tipo religioso, a través de las cuales se concebía que las personas en situación de discapacidad no traían nada bueno para la comunidad porque eran portadoras de mensajes malignos (*modelo de la prescindencia*).

Entonces, en virtud de este primer enfoque —que data de la época clásica—, la causa que daba origen a la discapacidad era de naturaleza divina, producto del desencadenamiento de la ira de los dioses, con lo cual la única solución posible para aliviar el “descontento divino” era repudiar todo aquello que fuera fruto del pecado. Una segunda proyección de este primer modelo concebía que las personas en situación de discapacidad eran improductivas e infructuosas, y no aportaban nada beneficioso a la sociedad, constituyéndose en una carga para ella que no tenía por qué soportar.

En uno y otro caso, se consideraba que las personas en situación de discapacidad —cuya vida no valía la pena vivirse debido a su desgracia— eran innecesarias para la sociedad, razón por la cual se buscaba la manera de prescindir de ellas “ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres” (Palacios, 2007, p. 245).

En la actualidad, una representación discursiva del modelo de la prescindencia puede hallarse en la doctrina de Singer, quien expresamente manifiesta que, desde el punto de vista ético, resulta menos reprochable matar a un ser humano con discapacidad que a un chimpancé (Singer, 1995, p. 146), dada la incapacidad del primero para sentir dolor y para entender la elección entre la vida y la muerte (Singer, 1995, p. 221).

estudio de la discapacidad desde la realidad latinoamericana, donde efectivamente se han replicado los modelos de aproximación propuestos por Palacios, con prevalencia actual de la visión médica de la discapacidad.

Un segundo momento de reflexión surgió en Estados Unidos al concluir la Primera Guerra Mundial, a partir del momento en que el poder legislativo de dicho país empezó a aprobar leyes destinadas a restablecer el equilibrio económico y social para minimizar los estragos de la guerra. Como resultado de lo anterior, se reglamentaron medidas asistenciales dirigidas a mejorar las condiciones de salud y expectativas de vida de los veteranos de guerra, especialmente de aquellos que como consecuencia de la confrontación habían sufrido lesiones con secuelas permanentes (*modelo médico o rehabilitador*).

Las disposiciones de carácter asistencial consistieron, principalmente, en tratamientos terapéuticos, procedimientos quirúrgicos, pensiones de invalidez, seguros médicos, y en general todas aquellas medidas que procuraban rehabilitar a los sujetos que enfrentaban algún tipo de discapacidad⁷⁹. En esta primera etapa, la guerra y los accidentes laborales fueron las principales causas que justificaron la adopción de medidas conducentes a afrontar el “problema” de la discapacidad. Sin embargo, en la década de los sesenta se amplió la cobertura asistencial a todas las personas que poseían deficiencias, independientemente de la causa que las hubiera originado (Palacios, 2007, pp. 249-250).

En este proceso de recuperación, los subsidios laborales, las cuotas de trabajo y la educación especializada también se constituyeron en instrumentos esenciales para el tratamiento de la discapacidad. De esta manera, “las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales porque la discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentar a la sociedad” (Palacios, 2007, p. 250).

Entonces, bajo este segundo enfoque se consideraba que la discapacidad era un problema estrictamente personal, que tenía su origen en una deficiencia individual (física o cognitiva), causada por una enfermedad, accidente o cualquier situación similar, y que requería de cuidados médicos prestados por especialistas a fin de lograr la rehabilitación del paciente⁸⁰. De ello se derivaron importantes consecuencias para el tratamiento de la discapacidad porque “(...) al considerar que la situación de dependencia es consecuencia

⁷⁹ Para Romañach (2009, p. 14), “el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a las mujeres y hombres que son diferentes, aunque ello implique forzar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que representa la diversidad funcional”.

⁸⁰ Para Courtis (2007, pp. 73 y ss.), el modelo médico se asume la discapacidad como “desviación individual y negativa con respecto[a] un parámetro de normalidad, y por ende ofrece una mirada inspirada en el modelo de la cura o reestabilización”.

exclusiva de la limitación funcional individual de la persona, la Ley asume que la prevención se restringe a disminuir, evitar o erradicar solo dichas limitaciones funcionales individuales” (De Asís y Palacios, 2007, p. 26).

Comoquiera que a partir de este modelo se concibe que la discapacidad es producto de una “limitación que padece el sujeto”, la respuesta desde el Derecho es la expedición de leyes sobre seguridad social y atención médica⁸¹. Esto por cuanto se entiende que la asistencia sanitaria es la principal herramienta para lograr la integración social de las personas que posiblemente se encuentran en situación de dependencia.

En suma, de acuerdo con este segundo enfoque, el éxito de la readaptación social de estas personas —para el disfrute efectivo de sus derechos— está condicionado en gran medida al éxito que tengan las políticas conducentes a erradicar, o al menos a disminuir la deficiencia. Como bien lo apunta Palacios, el pasaporte de la integración pasa a ser, de ese modo, *el ocultamiento de la diferencia* (Palacios, 2007, p.252).

Un tercer momento de reflexión sobre la cuestión de la discapacidad (*modelo social*) tiene lugar a finales de la década de los años sesenta y comienzos de los setenta en Estados Unidos e Inglaterra y comporta, en un primer momento, la lucha por la reivindicación a través de movimientos de vida independiente de los derechos civiles en favor de las personas en situación de discapacidad⁸². Sin desconocer los avances del modelo médico-rehabilitador, a partir de este nuevo enfoque se concibe que la discapacidad es un fenómeno complejo que deriva de la interacción entre factores sociales e individuales⁸³.

⁸¹ Una fundamentación del modelo médico desde el campo de la sociología se encuentra en la obra de Talcott Parson. Este autor, representante de la escuela del funcionalismo norteamericano, dedica un capítulo completo de su obra *El sistema social*, publicada en 1951, para hacer un estudio de la conducta desviada y de los mecanismos de control social. A través de dicho escrito el autor pone de relieve el papel del enfermo dentro del proceso de rehabilitación, lo que empieza por la aceptación de su propia incapacidad, al tiempo que asigna a la medicina y a la institucionalización el papel de ejercer control social a fin de mantener estables los parámetros de funcionamiento básicos (Parson, 1999).

⁸² Mike Oliver destaca la influencia del activista Paul Hunt, miembro de la Unión de Personas con Insuficiencias Físicas contra la Discriminación (UPIAS) en el cambio de paradigma sobre el tratamiento de la discapacidad, proceso que empieza a forjarse desde los años 1960. Señala Oliver (1998, pp. 41 y ss.) que después de reuniones e intercambios de ideas entre los integrantes de dicho grupo llegó a concluirse que la discapacidad era una forma de opresión.

⁸³ Oliver, quien desde la década de 1980 ya había acuñado la denominación “modelo social de la discapacidad”, en uno de sus escritos destaca: “(...) la idea de que los problemas de la discapacidad son sociales más que individuales, y de que emanan de la opresión que ejerce la sociedad más que de las limitaciones de los individuos, constituye una parte esencial del proceso de desarrollo de una comprensión adecuada de las respuestas sociales a la discapacidad” (Oliver, 1998, p. 47).

A pesar de que el abordaje de la discapacidad a través del comúnmente denominado modelo social tiene diversas aproximaciones⁸⁴, en términos generales apunta a que la situación de discapacidad es producto de las barreras físicas y culturales que la propia sociedad le impone al individuo cuando decide construir el medio social a partir de un prototipo estandarizado de ser humano.

Ahora, como se concibe que el factor discapacitante no deriva exclusivamente de las deficiencias individuales sino de la manera como está construido el entorno social, entonces a partir de este tercer enfoque se entiende que las medidas de intervención no necesariamente deben estar encaminadas a rehabilitar o “normalizar” al individuo, tal como lo pregonaba el modelo anterior, sino más bien a “normalizar” a la sociedad.

Este modelo supone un cambio en la consideración hacia las personas con discapacidad, consistente en que ellas dejan de ser tratadas como objeto para pasar a ser consideradas como sujetos. En otras palabras, se abandona la visión de las personas con discapacidad como problema social para entrar a verlas en el contexto de sus derechos (Quinn y Degener, 2002, p. 19).

De ese modo, el modelo social aboga por la inclusión de las personas en situación de discapacidad en las distintas actividades de la vida cotidiana a través de la igualdad de oportunidades. Por esa razón, y a diferencia de lo que ocurría en el enfoque anterior, en el modelo bajo análisis el empleo deja de concebirse como el factor por excelencia de integración social. Por otra parte, desde este modelo se defiende la educación inclusiva y adaptada a las necesidades de todas las personas, con lo cual solo se reserva la educación especial para casos excepcionales (Palacios, 2007, p. 255).

Bajo el modelo en comento, la rehabilitación pasa a ser un aspecto adicional y contingente en la vida de las personas en situación de discapacidad⁸⁵. Pese a que desde este tercer enfoque se acepta que las medidas sobre atención sanitaria favorecen la inclusión de este colectivo de personas, se hace énfasis en que tan solo es una más entre otras tantas

⁸⁴ El modelo social británico asume la discapacidad como una forma de opresión; por su parte, el modelo norteamericano centra el discurso en el concepto de minoría y en la reivindicación de los derechos civiles.

⁸⁵ Anastasiou y Kauffman (2013) reconocen la importancia del contexto social dentro del estudio de la discapacidad. Sin embargo, advierten que el modelo social podría llegar a ser excesivamente determinista, desconociendo la importancia del componente biológico, dejando entonces por fuera una gran parte de la existencia del sujeto.

políticas que deben adoptarse para lograr la plena participación de las personas con diversidad funcional. Asimismo, se concibe que los programas de asistencia médica deben elaborarse conforme a los intereses y necesidades de este colectivo de personas.

El modelo social basa sus postulados en los mismos valores esenciales que sirven de fundamento a los derechos; esto es, centra sus planteamientos en el respeto por la dignidad humana dentro del marco de la libertad y la igualdad, con lo cual se asume que la discapacidad es un tema que debe formularse desde la teoría de los derechos.

En línea con lo que se ha anotado anteriormente a propósito de la igual dignidad, este modelo se basa principalmente en la idea de

(...) dignidad intrínseca del ser humano, y de manera accesorio —y solo en el caso que sea necesario— en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona —en la sociedad— (Palacios, 2007, p. 256; Quinn y Degener, 2002, p. 20).

De ese modo, este tercer modelo resalta la importancia de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad (control sobre sus propias vidas) abogando porque se brinden las condiciones suficientes para que el ejercicio de dicha autonomía sea efectivo.

Como se ha visto, habitualmente la situación de discapacidad se ha asimilado a la falta de capacidad para el disfrute pleno de las libertades, razón por la cual es usual que se restrinja el ejercicio de dicha capacidad hasta el punto de hacerla nugatoria, especialmente tratándose de personas en situación de discapacidad cognitiva⁸⁶. Así pues, desde el modelo en comento, se defiende

(...) una concepción más amplia de la idea de autonomía, un planteamiento que no se incline excesivamente por detectar la incompetencia y que por tanto, otorgue la misma importancia a la necesidad de una protección efectiva de los derechos y los intereses de las personas con discapacidades intelectuales (Palacios, 2007, p. 262).

⁸⁶ Destaca Romañach que el objetivo que se encuentra reflejado en el modelo social, en lo que se refiere al reconocimiento de la autonomía y al valor de la contribución “(...) es rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades” (Romañach, 2009, p. 16).

Ahora bien, en relación con el valor de la igualdad, el modelo social apuesta por la consideración de todas las personas como intrínsecamente iguales, al tiempo que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias (Palacios, 2007, p. 263). Así pues,

(...) partiendo de la premisa de que toda vida humana es digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las mujeres y hombres con diversidad funcional se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia (Palacios y Romañach, 2006, p. 48).

Lo anterior tiene en cuenta que en condiciones habituales no se prevén adecuaciones para las “desviaciones” respecto de la norma comúnmente aceptada, con lo cual, en no pocas ocasiones, “la diferencia sirve como base para una sutil (y a veces no tan sutil) discriminación” (Palacios, 2007, p. 264).

Ahora bien, aunque el modelo social plantea varios interrogantes, tal como lo indica Shakespeare⁸⁷, en la actualidad se constituye en la propuesta teórica y práctica más adecuada para asumir la discapacidad desde la perspectiva de los derechos⁸⁸, desde el discurso de la generalización⁸⁹ abierto al reconocimiento de las diferencias⁹⁰, al menos si

⁸⁷ Shakespeare (2010, pp. 268 y ss.) describe las fortalezas y debilidades del modelo social de la discapacidad. Dentro de las fortalezas destaca el uso de un discurso comprensible, transformador y psicológicamente eficaz en la construcción de un sentido positivo de la identidad colectiva. Dentro de las debilidades destaca que el discurso de la eliminación de las barreras puede llegar a ser una utopía. De hecho pone en duda la posibilidad de encontrar el límite entre el impacto de la deficiencia y el impacto de las barreras en la generación de discapacidad. Por otra parte, De Asís (2013b, p. 3 y ss.) sostiene que uno de los desafíos de este modelo en la actualidad, aparte de su plasmación social, es el de lograr compaginar el discurso universal con el particular, lo que siempre ha sido eje central de las críticas y debates sobre el concepto, fundamento y titularidad de los derechos, de manera general.

⁸⁸ El denominado “modelo de la diversidad”, ampliamente desarrollado en España por Javier Romañach, se constituye en una propuesta alternativa y novedosa frente al modelo social. Aunque los dos parten de una base fundamentadora común (reconocimiento de la dignidad humana) el modelo de la diversidad concibe la discapacidad como un factor enriquecedor de la sociedad, por lo que sugiere un cambio en la denominación tradicional –que ha asignado siempre una identidad negativa–, apostando entonces por el de diversidad funcional. Quizás el principal punto de distanciamiento entre una y otra propuesta estriba en que el modelo de la diversidad intenta superar el binomio capacidad-discapacidad, argumentando que una dignidad que es inherente al ser humano no puede estar vinculada a la capacidad. Así, pues, quizá la principal crítica que esgrime frente al modelo social es que este persiste en un intento vano de construir desde la mayoría, creando un patrón de normalidad estadísticamente incompatible con la idea de diversidad (Romañach, 2009, pp. 27 y ss.).

⁸⁹ En la época actual el discurso de la discapacidad se mueve entre las líneas de la generalización y la especificación. Pues bien, en este trabajo se asume que el reconocimiento de derechos debe enmarcarse dentro de una especie de generalización renovada, esto es, adaptando los derechos ya existentes a las necesidades de las personas con discapacidad, así esto implique la adopción de medidas específicas de protección. Como bien lo señala Rafael De Asís (2007b, p. 35), “(...) el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad no se apoya en el reconocimiento de la especificidad de unos sujetos desde la que se justifica la atribución especial de derechos, sino en la necesidad de generalizar la satisfacción de los derechos a aquellos que no los tienen satisfechos”.

se toma en cuenta la realidad latinoamericana en donde incluso las pretensiones más básicas de dignidad siguen siendo una utopía para los grupos históricamente excluidos⁹¹.

En conclusión, a través de la historia la cuestión de la discapacidad ha oscilado desde el rechazo social de las personas que tienen alguna deficiencia hasta el reconocimiento de dichas personas como verdaderos sujetos de derechos. Pese a que aún subsisten rezagos del enfoque de la prescindencia, en la actualidad el tratamiento de la discapacidad gravita en torno a los planteamientos del modelo médico-rehabilitador y del modelo social de la discapacidad.

3.3.2 El modelo social de la discapacidad: la respuesta normativa a las barreras que impiden la igualdad

Tal como se ha señalado, la postura básica del llamado modelo social apunta a que la causa que da origen a la discapacidad deriva preponderantemente de la forma como está diseñado el entorno social. En ese sentido, lo que se busca mediante aquel es la inclusión y la plena participación de las personas en situación de discapacidad en los diferentes escenarios de la vida social a través de la igualdad de oportunidades, razón por la cual desde aquel se aboga por que se brinden condiciones reales de acceso a los bienes y servicios y por que se adopten medidas que estén orientadas a la remoción de aquellas barreras y obstáculos que impiden a estas personas el libre ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones (accesibilidad universal).

Tal como se ha mencionado, el principio de igualdad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas de equiparación no solo en el punto de partida —igualdad formal—, sino también en el punto de llegada —igualdad material—, especialmente cuando se trata de grupos que se encuentran en posición de desventaja respecto de los demás. En el caso de personas con discapacidad es necesario, entonces, que se provean los

⁹⁰ A pesar de las críticas que se formulan al modelo social desde el modelo de la diversidad, en el fondo hay más elementos en común que de distanciamiento. Efectivamente el enfoque social, al igual que el de diversidad, es de corte liberal (autonomía y vida independiente) y se construye desde una idea de universalidad que está abierta al reconocimiento de la especificidad. No se excluye ninguno de los dos planteos si se asume que en un sistema democrático el sistema de protección deberá estar orientado a remover los obstáculos para garantizar el ejercicio de los derechos en un marco de respeto por las diferencias.

⁹¹ Una reflexión que resulta enriquecedora para el debate sobre la utopía de los derechos de los grupos históricamente infrarrepresentados se encuentra en Cuenca (2010, p. 9 y ss.).

mecanismos suficientes para que las distintas dimensiones de la igualdad se proyecten en cada una de las actividades que estas personas decidan emprender tanto a nivel individual como social. Es aquí donde cobran relevancia los mecanismos de igualación (acciones afirmativas).

Cabe destacar que, si bien las medidas afirmativas surgen en el marco del modelo médico, en el modelo social adquieren nuevas connotaciones, especialmente en lo que respecta a la consideración misma del ser humano. Así pues, en el modelo anterior las medidas de equiparación se sustentan en la idea de que se está en presencia de un grupo vulnerable necesitado de protección. Distinto ocurre en el ámbito del modelo social, en donde dichas medidas se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano.

Con todo, como se parte del supuesto de que la discapacidad es una cuestión que deriva esencialmente de factores sociales, desde este modelo se aboga por la adopción de políticas encaminadas a garantizar a las personas en situación de discapacidad condiciones de acceso a las diversas actividades de la vida cotidiana (familia, trabajo, educación, salud, esparcimiento, comunicación, etc.). De ahí la importancia que reviste bajo este modelo la adopción de medidas contra la discriminación (que generalmente buscan la eliminación de las barreras conductuales); la implementación de medidas de acción afirmativa (que generalmente se orientan a la remoción de barreras sociales y económicas); la creación de un sistema de apoyo para la toma de decisiones (destinado a eliminar la barrera de reconocimiento legal); y la incorporación del principio de accesibilidad universal (que generalmente apunta a la eliminación de las barreras físicas, arquitectónicas y comunicacionales).

Así las cosas, a continuación se mencionarán las barreras más visibles que impiden la igualdad de oportunidades en el marco del modelo social, y se brindará paralelamente un análisis sobre las estrategias que puedan permitir su remoción o eliminación. Se trata de una clasificación conceptual que atiende básicamente una cuestión metodológica. Posiblemente una misma barrera requiera la implementación de varias estrategias, o una misma estrategia facilite la remoción de varias barreras. Obviamente, para poder promover el ejercicio efectivo de los derechos en su conjunto, se requiere de la adopción de múltiples estrategias en los diferentes ámbitos de intervención estatal.

3.3.2.1. Barreras materiales: la accesibilidad universal como eje fundamental de inclusión

Desde el denominado modelo social se asume que la restricción infundada al ejercicio de las libertades que afecta a las personas en situación de discapacidad es el resultado de la interacción entre factores sociales e individuales. Así pues, una deficiencia solo se transforma en discapacidad cuando la misma estructura preconcebida de la sociedad impide el goce efectivo de los derechos de los ciudadanos. En virtud de este modelo se concibe, entonces, “que los problemas de inaccesibilidad no son la consecuencia directa de las deficiencias motrices, sino más bien de la decisión de construir escaleras en lugar de rampas” (Palacios, 2004, p. 190).

La *accesibilidad universal*⁹² supone, en sentido positivo, la condición que debe cumplir el entorno para que todas las personas puedan vivir de manera independiente; y en sentido negativo, la obligación que se impone al Estado de remover los obstáculos físicos (que restringen el acceso a los edificios, el transporte, educación, vías públicas, comunicaciones, servicios de información, nuevas tecnologías, etc.) a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones.

En otras palabras, es la

(...) condición ineludible para el ejercicio de los derechos —en igualdad de oportunidades— por todos los individuos, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad, de todas las personas. En ese sentido, no puede ser vista como una cuestión sujeta a la voluntad política, facultativa y graciable, o como una técnica para la rehabilitación de ciertas personas (De Asís *et al.*, 2007, p. 64).

⁹² El principio de accesibilidad se vincula directamente con el concepto de *vida independiente*, que hunde sus raíces en una corriente del pensamiento que nace en Estados Unidos a finales de los años 1960, desde donde se propugna por la remoción de todos aquellos obstáculos que impiden el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad, y que asimismo, defiende la participación activa de las personas en situación de discapacidad en la vida política, social, económica y cultural de la comunidad. Al respecto puede verse <http://ovibcn.org/movimiento-de-vida-independiente/>

La accesibilidad universal como requisito esencial para el ejercicio de los derechos es una cuestión que debe predicarse de todos los grupos sociales, especialmente cuando estos se encuentran en posición de desventaja frente a los demás (minorías étnicas y raciales, mayores adultos, niños y niñas, etc.); no obstante, resulta claro que, tratándose de personas con discapacidad, las barreras de acceso físico que les impide alcanzar el núcleo fundamental de los derechos acentúan aun más la situación de desigualdad.

Como se ha mencionado, dichas barreras se originan principalmente por la forma como se ha construido la sociedad en el plano material, lo que afecta ámbitos de comunicación, de movilidad, de información, así como de acceso a bienes y servicios, y en últimas provoca la desigualdad social de este colectivo de personas frente a las demás.

La accesibilidad universal se constituye entonces en el caballo de batalla para el reconocimiento de los derechos que apuntan a la protección de la igualdad. Sin duda, un entorno inaccesible y hostil dificulta las posibilidades de existencia de aquellos grupos de personas que no están en condiciones de adecuarse a él. A modo de ejemplo, cuando una edificación pública es inaccesible porque no cuenta con la infraestructura adecuada para ingresar a sus instalaciones, no solo se restringe el legítimo derecho de “todos” los ciudadanos a fiscalizar la actuación de las autoridades, sino que indirectamente se coarta la posibilidad de que “todas” las personas, en condiciones de igualdad, puedan acceder a “todas” las plazas de trabajo que demanda la administración pública.

Lo anterior resulta no menos que significativo, habida cuenta que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de promover el bienestar social y la prosperidad general. No es un secreto que la discapacidad y la exclusión social son dos realidades irremediablemente inseparables. A pesar de que se ha estimado que la inclusión del componente de accesibilidad en los nuevos proyectos de infraestructura puede llegar a tener un valor no superior al uno por ciento (1 %) del costo total de la obra, en la actualidad las modernas construcciones todavía se levantan de espaldas al principio del desarrollo social inclusivo.

Pues bien, ya sea por “optimización de recursos” o por “olvido insuperable”, lamentablemente dicho estado de cosas repercute negativamente en el progreso social del colectivo en comento. Baste con mencionar cómo las dificultades en el acceso a la

educación, por ejemplo por la falta de capacitación del personal docente para atender las necesidades de los niños y niñas con discapacidad, en el futuro se traduce en condiciones precarias de existencia, dado que el bajo nivel de formación no les permitirá, posteriormente, acceder a una plaza de trabajo y mucho menos ocupar los cargos socialmente relevantes.

Por esa razón es necesario que las políticas públicas sobre educación, salud, empleo, recreación, etc., incorporen dentro de sus lineamientos la cuestión de la accesibilidad universal como elemento de transversalidad, a fin de cumplir con el cometido fundacional de toda sociedad democrática, esto es: el respeto por la dignidad humana y la diversidad.

Un entorno inaccesible puede comportar una situación de discriminación indirecta (Palacios, 2004, p. 193). Sin embargo, en ocasiones no es posible diseñar y hacer todos los productos de manera que puedan ser utilizados por la generalidad de personas (diseño para todos). De ahí la importancia de realizar *ajustes razonables*, especialmente en las áreas de la salud, el empleo y la educación.

En el ámbito normativo, la obligación de realizar ajustes razonables se remonta a lo dispuesto en la *Ley de Estadounidenses con Discapacidades* (*Americans with Disabilities Act* —ADA—) promulgada en 1990, que en su Título I prohíbe la discriminación en el empleo de personas en situación de discapacidad y concibe que este grupo de personas probablemente estará en condición de desempeñar las funciones esenciales de un trabajo, siempre y cuando se les provea de un acomodo razonable que no imponga dificultad excesiva para el empleador.

Entonces, la necesidad de realizar ajustes razonables en el ámbito de la discapacidad surge de la existencia de situaciones concretas que ameritan, con carácter particular, la realización de adaptaciones o modificaciones que permitan o faciliten el modo de realizar una tarea o de recibir una información. En el caso específico del acceso al trabajo, tan solo para poner un ejemplo, “(...) si no se requiriese a los empleadores adecuar los lugares o políticas de trabajo y modificar las características físicas de los establecimientos, las personas con discapacidad se enfrentarían a una potencial discriminación indirecta en el mercado laboral” (Palacios, 2004, p. 199).

Esto por cuanto desde el modelo social se concibe que la falta de accesibilidad del entorno es producto de la imposición de pautas mayoritarias que dificultan el uso de un bien o el acceso a un servicio. Tal como lo reseña Rafael de Asís, dentro de este panorama general la “accesibilidad universal” es la situación a la que se desea llegar; el “diseño para todos”, el dispositivo a nivel general para alcanzarla; y los “ajustes razonables”, el dispositivo en el nivel individual que entra a operar cuando no ha sido posible alcanzar la accesibilidad universal a través del primero (De Asís, 2007c, p. 22).

3.3.2.2 Barrera de reconocimiento legal e institucional: el sistema de apoyos como estrategia para el ejercicio de la capacidad jurídica

La barrera de reconocimiento legal e institucional se sustenta en el estatus que debe acreditar una persona para poder actuar por cuenta propia dentro de los procesos judiciales y administrativos. Así mismo, para intervenir en el tráfico jurídico haciendo uso de las instituciones y estructuras propias del derecho civil, presupuesto básico para el desarrollo de la personalidad. En principio, es una condición que se cumple, por conducto de la ley, una vez la persona llega a la mayoría de edad. Sin embargo, no siempre es así.

Como se ha visto, tradicionalmente se ha entendido la discapacidad como la falta de aptitud para el ejercicio de las libertades. Ello ha dado lugar a que dentro de los ordenamientos jurídicos se hayan producido respuestas legislativas tendientes a suplir tal “situación natural de carencia”. Entre dichas respuestas se encuentra la figura de la representación, que se funda en la mayor protección de las personas con discapacidad.

En el ámbito del derecho privado la discapacidad se ha vinculado a la teoría de la representación, lo que ha ido creando una línea de diferenciación entre la titularidad y el ejercicio de los derechos. A su vez la teoría de la representación ha estado directamente asociada con la capacidad para realizar actos jurídicos (Bariffi, 2014, pp. 331-332).

En los sistemas jurídicos de tradición civilista, tal sistema de protección se traduce en la designación judicial de un representante —nombrado a través de un proceso de incapacitación—, cuya competencia se enmarca dentro del sistema clásico de sustitución

de la voluntad. Dicho representante podrá obrar según su mejor criterio y operará para todos los actos de relevancia en el orden jurídico tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

El objetivo del proceso de incapacitación justamente es el de “limitar o privar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que le va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida” (Bariffi, 2014, pp. 334). Una vez declarada una persona como “incapaz” en virtud de las causas establecidas por la ley, se adoptan las medidas conducentes para su “adecuada protección” y se determina la extensión de la incapacitación; esto es, se especifican los actos que la persona no podrá realizar sin la anuencia de su representante.

En la práctica, los términos de la providencia de incapacitación se extienden a la mayoría de actos jurídicos (matrimonio, adopción, sufragio universal, familia, etc.), lo que repercute directamente en el ejercicio de los derechos (civiles, políticos, sexuales y reproductivos, etc.), con lo que la persona con discapacidad⁹³ queda totalmente excluida del mundo jurídico y despojada de gran parte de los derechos que derivan de su autonomía individual, en tanto que los actos que realice por fuera de los términos de la incapacitación quedarán desprovistos de validez.

Como puede observarse, la incapacitación se constituye en una barrera de acceso al reconocimiento legal e institucional. Bajo este panorama, a efectos de garantizar los derechos en igualdad de condiciones resulta imperativo que se modifique dicho sistema de incapacitación a efectos de que todas las personas puedan ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones frente a los demás. Ahora bien, es posible que bajo circunstancias muy específicas una persona requiera de un mecanismo personalizado de apoyo que le permita tomar sus propias decisiones, que deberá adaptarse a sus necesidades y preferencias. Sobre este punto se volverá más adelante, cuando se analice la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

⁹³ Generalmente la barrera de reconocimiento legal e institucional afecta a las personas en situación de discapacidad cognitiva, y no quedan del todo exentas las personas en situación de discapacidad física o sensorial. En muchas ocasiones se asimila la sordera a la falta de condiciones para poder comprender el mundo exterior.

Dentro de este marco conceptual, el acceso pleno al reconocimiento legal e institucional sería el fin al que se aspira; el otorgamiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la estrategia a nivel general; y el sistema de apoyo para la toma de decisiones, la estrategia en el nivel individual cuando así se requiera para eventos específicos.

3.3.2.3. Barreras económicas y sociales. Las acciones afirmativas como instrumentos de igualación

Como se mencionó en líneas pasadas, dentro de las facetas de la igualdad existe una, particularmente, que exige brindar un trato diferenciado: la diferenciación positiva. Esta dimensión de la igualdad comporta otorgar un trato jurídico distinto a realidades distintas, pero cuyas diferencias se consideran relevantes para el ejercicio efectivo de los derechos, lo que resulta consecuente con la función promocional y distributiva del Estado Social de Derecho (De Asís, 2001, pp. 31 y ss.).

Dentro de la dimensión de la igualdad como diferenciación positiva es posible distinguir dos tipos de medidas de equiparación⁹⁴: las *medidas de igualación positiva* y las *acciones positivas*. Ambas, en principio, tienen carácter temporal. Mientras las primeras consisten en brindar trato diferencial a determinadas personas que se encuentran en posición de desventaja como consecuencia de una circunstancia individual, como sería por ejemplo el bajo poder adquisitivo, las segundas se encaminan a favorecer a determinados colectivos de personas con independencia de circunstancias individuales.

Un ejemplo de una medida de igualación positiva sería la oferta de becas exclusivamente para aquellas personas que tienen una renta mensual inferior al salario mínimo. Un ejemplo de medida de acción positiva sería el hecho de reservar un determinado número de becas para el grupo de mujeres, independientemente de su posición económica. Con las primeras se buscaría garantizar la igualdad material de los sujetos de bajos ingresos. Con las

⁹⁴ Las medidas de equiparación engloban lo que comúnmente se denomina 'acciones afirmativas', expresión que tiene su origen en la Ley Wagner, promulgada en Estados Unidos de Norteamérica (1935), que tuvo como propósito eliminar prácticas laborales injustas que afectaban a los grupos sindicales. No obstante, desde el punto de vista político dichas acciones se implementaron en respuesta a movimientos sociales que buscaban reivindicar los derechos civiles (Barrere, 2003, pp. 11 y ss.).

segundas, mejorar la posición social de un colectivo de personas (Giménez, 2004a, pp. 312 y ss.).

Es de anotar que en el caso de las medidas de protección a favor de las personas en situación de discapacidad, aquellas tienen la virtualidad de cumplir con un doble propósito estructural. En ese sentido, la diferencia de trato no solo se justifica por la falta de oportunidades que afronta este colectivo de personas en atención a una condición particular (medidas de igualación positiva), sino que también se encaminan a compensar las desigualdades sociales que afrontan estas personas por su pertenencia a uno de los grupos de la población que mayores niveles de exclusión presenta (medidas de acción positiva) (Giménez, 2004a, pp. 324 y ss.).

A su vez, dentro de las medidas de acción positiva es necesario distinguir entre las *acciones positivas moderadas* y las *medidas de discriminación inversa*⁹⁵. Las primeras tienen como propósito brindar un trato *preferente* a ciertos grupos de personas a fin de garantizar el disfrute universal de los derechos, sin que ello comporte la restricción de los derechos para el resto de la población⁹⁶. Las segundas, por su parte, suponen la atribución de ciertos derechos⁹⁷ tan solo a aquellos grupos de la población que han sido tradicionalmente excluidos (De Asís, 2001, pp. 31 y ss.) conforme a criterios de diferenciación que resultan altamente sospechosos como lo son la religión, la raza, el género, la inclinación sexual, la discapacidad, entre otros⁹⁸.

La cuestión en torno a la adopción de medidas de acción positiva moderadas en favor de personas que se encuentran en posición de desventaja es algo que quizá no genere mayor

⁹⁵ No parece adecuado hacer referencia a la expresión “medidas de discriminación inversa” o de “discriminación positiva” por cuanto, en el lenguaje de los derechos, el vocablo *discriminación* lleva implícito el juicio de desvalor (injusto). Quizá resulta más afortunado hacer alusión a medidas de diferenciación positiva con carácter preferente, para diferenciarlas de las otras acciones positivas.

⁹⁶ Por ejemplo, estableciendo diferentes criterios de evaluación en las pruebas de acceso para los cargos públicos.

⁹⁷ El “sistema de cuotas laborales” es el claro ejemplo de una medida de diferenciación positiva.

⁹⁸ A juicio de Ruiz Miguel (1996, pp. 126 y ss.) son dos los criterios que resultan determinantes para diferenciar las medidas de discriminación inversa de las demás medidas de acción positiva: la atribución de una preferencia y la existencia de una escasez. En ese sentido, la discriminación inversa favorece a una persona por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado; preferencia que supone, de un lado, desigualdad y, de otro, utilización de un rasgo o motivo sospechoso. Junto a la anterior, la otra condición necesaria es su localización en posiciones de particular escasez y, por tanto, espacio donde se compite cuerpo a cuerpo de forma individualizada.

discusión. Distinto ocurre cuando se trata de aplicar las llamadas medidas de discriminación inversa.

En términos generales, las medidas de discriminación inversa comportan acciones positivas consistentes en cuotas que se reservan a ciertos colectivos de personas —que han sido históricamente marginados—, a fin de que en los procesos selectivos tengan posibilidad de acceder a los bienes escasos de la sociedad como por ejemplo los puestos de trabajo, las plazas universitarias o los cargos electorales (Giménez, 2004b, pp. 115 y ss.), en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Claro está que, en atención a que dichas medidas implican otorgar un trato preferente a determinados colectivos de personas, excluyendo de su beneficio al resto, su utilización debe responder a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Lo anterior supone que la medida de igualación deba ser necesaria (debe presentarse como la mejor solución entre todas las posibles); deba ser idónea (no solo debe ser adecuada en términos de eficacia y eficiencia, sino que además debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo); y deba ser proporcional (los beneficios que comporta la medida deben superar las desventajas que se derivan de la aplicación de la misma). Con todo esto quiere indicarse que “una medida de acción positiva deja de ser un mecanismo de compensación de una situación de desigualdad cuando no se corresponde con el fin para el que debió ser establecida” (Iturri, 2007, p. 48).

Algunos autores consideran que, pese a que existen diversas argumentaciones tendientes a justificar la adopción de medidas de discriminación inversa, en el marco de un Estado de Derecho aquellas carecen de legitimidad toda vez que suponen una quiebra al principio de igualdad en el trato que deben recibir todos los ciudadanos por parte del Estado. Advierten que dichas medidas comportan en sí mismas una forma de discriminación en contra de terceras personas.

Es así como el profesor Pérez Luño plantea algunas objeciones a la adopción de medidas de discriminación inversa, y lo hace a partir de tres planteamientos: jurídico, político y moral (Pérez Luño, 2004, pp. 47 y ss.). A juicio del distinguido jurista la discriminación inversa supondría, desde el punto de vista *jurídico*, “un atentado directo a la igualdad de tratamiento de los ciudadanos, al comportar el establecimiento de auténticos privilegios

(leyes privadas) a favor de determinadas personas o grupos” (Pérez Luño, 2004, p. 48). Este autor basa sus argumentos en la idea de que la igualdad real y efectiva es una tarea que incumbe a los poderes públicos respecto de todos los ciudadanos, con lo que el establecimiento de ventajas o privilegios para favorecer a algunos grupos se traduciría “en desigualdades reales y efectivas para otros grupos” (Pérez Luño, 2004, p. 48).

Ahora, desde el punto de vista *político*, considera Pérez Luño que no es admisible la adopción de medidas de discriminación inversa en tanto que en un Estado Social de Derecho el principio de igualdad se traduce en igualdad de oportunidades y no en igualdad de resultados. Esto, conlleva a que

la responsabilidad de los poderes públicos, en cuanto afecta la promoción de la igualdad material, se concreta en establecer un sistema fiscal avanzado que permita la redistribución equitativa de la riqueza, así como en crear los servicios públicos o prestaciones que permitan equiparar a todos los ciudadanos en el disfrute de condiciones económicas, sociales y educativas, que impidan situaciones de dominio. Pero una vez establecida esa igualdad de condiciones y oportunidades básicas, como punto de partida deben ser las capacidades y méritos de los ciudadanos las que definan sus respectivas situaciones en la sociedad (Pérez Luño, 2004, p. 49).

Finalmente, desde el punto de vista *moral*, llama la atención este autor acerca de la inconveniencia de adoptar medidas de discriminación inversa y centra sus planteamientos en la idea de que si bien dichas medidas pueden estar justificadas a través de un fin loable —compensación de desventajas del pasado—, terminan canalizándose a través de soluciones igualmente cuestionables —discriminaciones presentes—. Agrega que estas medidas suponen un agravio contra la dignidad moral de los propios beneficiarios, en tanto que “implica degradar su plena condición personal, al conferirles un trato que lejos de emanciparlos consagra su estatus de inferioridad (Pérez Luño, 2004, p. 50).

Pues bien, aquí se defiende la idea en virtud de la cual tratándose de personas en situación de discapacidad, las medidas de acción positiva en sus diversas proyecciones están

plenamente legitimadas, incluso cuando se trate de las comúnmente denominadas medidas de discriminación inversa⁹⁹.

Sin entrar al fondo del asunto, se puede mencionar que *desde el punto de vista jurídico*, en un Estado Social y Democrático de Derecho los poderes públicos están llamados a remover los obstáculos, y promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, lo que en ocasiones exige establecer prerrogativas para los grupos excluidos así como desventajas para el resto de la población. Así pues, “ventajas y desventajas” son cuestiones correlativas por lo cual, desde el punto de vista fáctico, no es posible establecer una ventaja para un grupo sin que esto suponga al mismo tiempo una desventaja para otro. No obstante, en este caso específico la “ventaja” encuentra plena justificación constitucional en la medida en que funge como criterio racional de redistribución de los recursos socialmente escasos. No aceptar un trato diferenciado para grupos específicos de la población supone vaciar de contenido el principio de igualdad material.

Debe precisarse que, tratándose de personas con discapacidad, las medidas de equiparación deben tener un propósito cardinal: paliar los efectos nocivos de un fenómeno discriminatorio que resulta altamente complejo. Lo anterior por cuanto a diferencia de lo que ocurre con otros colectivos —en donde la discriminación básicamente se origina por la pertenencia a un grupo estigmatizado— la discriminación por motivo de discapacidad reúne un componente adicional que tiene que ver con la percepción negativa que tiene la sociedad respecto de las personas individualmente consideradas, en atención a los rasgos que las caracterizan.

Bajo ese entendido,

la discapacidad como factor de desigualdad de oportunidades no se manifiesta por la pertenencia a un colectivo sino por la creencia, influenciada sin duda por una forma productivista de concebir la realidad laboral que va a ser muy difícil de cambiar, de que para ejercer determinados empleos se necesita estar en plenitud de facultades físicas o psíquicas. Su problema por tanto, no es la pertenencia a un colectivo estigmatizado socialmente, sino la merma de oportunidades que le produce su discapacidad

⁹⁹ Ruiz Miguel (1996, p. 127) justifica la adopción de medidas de discriminación inversa por cuanto están orientadas a conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad; aunque también es consciente de las limitaciones y dificultades que plantean su adopción.

individualmente considerada para alcanzar ese bien social concreto (Giménez, 2004b, p. 119).

Así pues, dicha situación no puede conjurarse con una medida de carácter temporal — como sucede por ejemplo con las medidas de igualación positiva— en tanto que “siempre habrá determinados empleos a los que determinadas personas, en virtud de su propia discapacidad, no podrán aspirar en condiciones de igualdad, por lo que las medidas a favor de estas serán siempre necesarias y constitucionales de manera intemporal” (Giménez, 2004b, p. 119). Con esto se pone de relieve que las medidas de discriminación inversa cumplen con el cometido constitucional de brindar protección efectiva a los grupos excluidos de la población.

Ahora, *desde el punto de vista político*, puede mencionarse que en el Estado Social de Derecho, tal como se había mencionado, la igualdad no se reduce simplemente a un criterio de equiparación de condiciones en el punto de partida sino que además es un criterio que ineludiblemente debe conducir a la igualación de oportunidades en el punto de llegada, con lo cual deben tenerse siempre presentes las necesidades específicas de la persona, situada dentro de un determinado contexto. Se insiste nuevamente: a esto apunta la dimensión material de la igualdad.

Bajo este modelo de Estado, las exigencias de dignidad de las personas que se encuentran en situación de discapacidad merecen la misma protección por parte del Derecho, respecto de los otros grupos de la población; asimismo, en el Estado Social la materialización de los derechos no puede quedar supeditada a la voluntad política de las mayorías parlamentarias ni puede encontrar un límite distinto que el de la propia realización de los objetivos constitucionales, debido a que la garantía de los derechos se constituye en la piedra angular de esta nueva forma de organización política.

Así pues, comoquiera que las demandas de progreso de este colectivo de personas han sido tradicionalmente desestimadas, es necesario que se adopten medidas efectivas para que el cumplimiento de sus derechos sea una realidad en el presente y no una simple expectativa para el futuro. Por eso, mientras no se cuente con un sistema fiscal avanzado y un sistema de prestación de servicios que permitan equiparar a todos los ciudadanos (igualdad en el punto de partida), no es concebible, tal como lo plantea el profesor Pérez Luño, que el

mérito y la capacidad sean los únicos criterios que definan el lugar que le corresponde ocupar a cada individuo dentro de la sociedad.

Ahora bien, pese a que las medidas de discriminación inversa pueden suponer condiciones de desventaja para el resto de la colectividad, esta situación en sí misma no comporta un acto discriminatorio porque mediante la implementación de dichas medidas se efectúa una redistribución equitativa de las cargas o, si se quiere, se restituye el equilibrio a un desajuste del pasado. Así pues, *desde el punto de vista moral* es inconcebible que sean siempre las mismas personas las que soporten las cargas excesivas de la sociedad. No se trata, entonces, de subsanar errores del pasado con una discriminación actual sino de compensar una desventaja histórica mediante una prerrogativa en el presente.

Como se ha mencionado, las medidas de discriminación inversa tienen como propósito favorecer a las personas o a los grupos históricamente marginados a fin de dar cumplimiento al principio de igualdad material. Tratándose de personas con discapacidad, la legitimación de dichas medidas deriva de su propósito de compensar situaciones históricas de injusticia que han impedido a este grupo de personas el disfrute efectivo de sus derechos. Entonces, lejos de comportar un *agravio contra la dignidad moral de los propios beneficiarios*, tal como lo plantea Pérez Luño, lo que dichas medidas comportan es el justo reconocimiento de los desaciertos del pasado por la falta de capacidad de la sociedad para comprender esta cuestión en su verdadera dimensión. Con todo, lejos de suponer el afianzamiento del *estatus de inferioridad*, las medidas de discriminación inversa implican el progresivo reconocimiento de la dignidad humana de un grupo significativo de la población que ha estado tradicionalmente excluido de la participación de los bienes sociales.

Precisamente, a diferencia de lo que ocurre en el enfoque médico en donde las medidas de acción afirmativa tienen un carácter meramente asistencial, en el modelo social estas medidas de equiparación se forjan sobre la base del reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano.

Así pues, en el caso concreto del acceso al trabajo, este último modelo no apunta tanto a la consideración del empleo protegido como criterio medular de integración —como sucede en el anterior— sino que aboga por la readaptación de los baremos tradicionales de acceso

(mérito y capacidad) y de las condiciones de trabajo a las necesidades de las personas en situación de discapacidad, incluso cuando esta derive de una deficiencia psíquica,¹⁰⁰ a través de las técnicas y principios promocionales (ajustes razonables, accesibilidad universal, diseño para todos, medidas de igualación, no discriminación, entre otros) que permitan garantizar la igualdad de oportunidades a las personas en situación de discapacidad.

En conclusión, las acciones afirmativas tienen como propósito establecer condiciones de igualdad a fin de subsanar las desventajas históricas que ha enfrentado dicho colectivo de personas en atención a la manera sesgada como se ha efectuado la distribución de los bienes y recursos sociales. En ese sentido, la reserva de un porcentaje de plazas de trabajo, la posibilidad de optar en determinados procesos selectivos entre turno libre y turno reservado, o la concesión de becas y subvenciones educativas, entre otros, todos tendientes a favorecer la plena participación de las personas en situación de discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, son un claro ejemplo de la proyección material del principio de igualdad.

3.3.2.4. Barreras actitudinales: el Derecho antidiscriminatorio y la educación para la inclusión como mecanismos para la toma de conciencia sobre la aceptación de la diferencia

Como se ha visto, a lo largo de la historia las personas en situación de discapacidad se han visto compelidas a afrontar situaciones generalizadas de rechazo y exclusión social en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Esto obedece quizás a la connotación negativa que tradicionalmente ha acompañado a la discapacidad y que ha dado lugar a que alrededor de este asunto se hayan tejido diversas doctrinas y corrientes ideológicas que han terminado por legitimar prácticas de exterminio y segregación sobre el colectivo en mención.

¹⁰⁰ Al respecto puede verse el *Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad*, elaborado por Rosa Valverde, Álvaro Benavides y Mario Ospina, bajo la dirección de Rafael de Asís, en el marco de la Clínica Jurídica “Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad”. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, junio de 2010. Documento accesible en: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/clinica_juridica/materiales_clinicas/informe.pdf

Las malformaciones de nacimiento fueron una de las primeras causas del infanticidio, e incluso llegaron a aprobarse, dentro de diversas culturas, leyes que obligaban a los padres a abandonar a los hijos inválidos so pena de la confiscación de la mitad de sus bienes. En la Antigua Grecia, debido a la visión comunitarista del trabajo aunada al culto por la belleza y la perfección humana, se promovió el exterminio de aquellos que se consideraban débiles o deformes. En Esparta, las leyes de Licurgo permitían despeñar a los deformes y anormales, al igual que sucedía en Roma con los niños inválidos y los ancianos. El rechazo y abandono fue el trato usual que se dio a las personas en situación de discapacidad en Asia, India y Egipto.

La prescindencia no es un fenómeno del pasado. Es una práctica que se ha seguido manteniendo a lo largo de la historia a través de medidas eugenésicas, tanto de naturaleza abortiva como de esterilización, llegando incluso a la adopción de medidas raciales de exterminio.

El régimen nazi, a través de su “Programa de prevención de descendencia con enfermedades hereditarias” implementado en 1933, obligó a reportar a los enfermos físicos o mentales so pena de la imposición de multas para quien no cumpliera con dicho deber legal. El balance final, cerca de cuatrocientas mil personas fueron esterilizadas durante la hegemonía nazi por ceguera, epilepsia, sordera, alcoholismo y promiscuidad sexual. Así, también, a través de la “Ley de salud marital” promulgada en 1935, se prohibió el matrimonio entre personas sanas y personas consideradas genéticamente ineptas.

A partir de un análisis sobre el Holocausto y la civilización moderna, así como sobre las políticas de limpieza racial implementadas durante el régimen nazi, Bauman presenta la siguiente reflexión: “la jardinería y la medicina son formas funcionalmente distintas de la misma actividad, la de separar y aislar los elementos útiles destinados a vivir y desarrollarse, de los nocivos y dañinos a los que hay que exterminar” (Bauman, 2006, p. 97).

En Estados Unidos, incluso desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX se aprobaron leyes de esterilización de las personas en situación de discapacidad, especialmente con fines eugenésicos y punitivos. Es bien conocida la sentencia *Buck vs.*

Bell¹⁰¹, a través de la cual el juez Oliver Wendell Holmes Jr., uno de los juristas más citados en la historia de la Suprema Corte por su aporte al sistema constitucional norteamericano, dictaminó que la esterilización obligatoria para los “débiles mentales” no infringía la Constitución.

Estas políticas segregacionistas se han fundado básicamente en dos líneas de entendimiento que en algún momento se entrecruzan: la higiene racial y el utilitarismo biológico. La primera se basa en la teoría de la evolución de las especies, desde la cual se concibe la existencia de personas genéticamente inferiores. La segunda plantea que las personas en situación de discapacidad no representan ninguna utilidad para la sociedad, ya que no pueden procurarse el sustento por sus propios medios¹⁰².

Desde estas posturas se asume un patrón social de normalidad, ya sea en atención a las características genotípicas y fenotípicas o en razón al servicio que presta la persona a una determinada causa (social, militar, política, etc.). Paralelamente se crea un vector de distanciamiento que se sustenta en la presunta falta de normalidad: cuando la persona no logra asimilarse al patrón dominante termina por representar un riesgo para la sociedad. En ese sentido, los enemigos que se pretende eliminar “no son los adversarios, en el sentido político del término, sino que son los peligrosos, externos e internos, en relación con la población y para la población” (Foucault, 1992, p. 265).

Aunque muchos de los fenómenos que dieron origen a los procesos de segregación en diferentes contextos geopolíticos han ido quedando atrás, persiste aún en la conciencia colectiva la tendencia común a crear temor por la diferencia; esto es, a rechazar lo que se considera “anormal”¹⁰³. Ciertamente, lo que en un momento llega a considerarse como anormal se funda en preconcepciones que subyacen del imaginario colectivo y que consciente o inconscientemente se enmarcan dentro de un objetivo común: el de imponer los patrones culturales dominantes a través de la eliminación de las diferencias.

¹⁰¹ Caso Buck Vs. Bell. 274 EU. 200 (1927).

¹⁰² Para Singer (1995, p. 225), acabar con la vida de un recién nacido en situación de discapacidad no puede equipararse con matar a un ser humano “normal”.

¹⁰³ Podría indicarse, siguiendo la teoría de Goffman (1986, pp. 12 y ss.) sobre los estigmas, que las personas que no se apartan de las expectativas particulares son consideradas “normales”; y como normales asumen que las que tienen un atributo profundamente desacreditador no son totalmente humanas.

Ante tal estado de cosas es necesario que se promuevan medidas que permitan fomentar la aceptación de la diferencia que, como se ha mencionado, deviene en un valor estructural dentro de los sistemas democráticos. Aquí se propondrán básicamente dos herramientas, lo que no implica que desde otros ámbitos no puedan arbitrarse otros mecanismos distintos. Se trata de la educación para la inclusión y el derecho antidiscriminatorio.

Las primeras deberán encaminarse a fomentar dentro de los planes de enseñanza el discurso por la “educación para todos”; esto es, la educación desde la diferenciación y para la diferenciación. La educación *desde* la diferenciación comporta que los escenarios académicos se dispongan para todas las personas en cuanto al acceso físico (eliminación de barreras físicas y sociales) como en cuanto al acceso a los contenidos (adaptación de medios, tiempos, criterios de evaluación, entre otros, a través de ajustes razonables).

Comporta, entonces, la creación de espacios pensados y diseñados para todas las personas. Generalmente, tratándose de ambientes educativos para las personas en situación de discapacidad, la igualdad en el acceso se predica desde la óptica de “separados pero iguales”¹⁰⁴, lo que en la práctica se traduce en el establecimiento de un sistema de educación que se basa en la técnica de clasificación de los menores en atención a su diversidad. Bajo esa línea, las personas que se consideran normales ingresan al régimen ordinario y los que no, al régimen especial.

Ciertamente esto ha fomentado la diferenciación, pero desde una perspectiva negativa. Tal como lo describe Nussbaum, “en el terreno de la educación es donde se han dado las carencias más graves. Estigmatizados como ineducables, como un gasto inútil, los niños con discapacidades mentales no tenían acceso a una educación adecuada” (Nussbaum, 2007, p. 230).

La educación *para* la diferenciación comporta que los planes curriculares incluyan contenidos orientados a la toma de conciencia sobre la aceptación de la diferencia. Un sistema educativo que brinde a las personas los elementos necesarios para abordar los valores que se comparten desde una esfera democrática y a explorar opiniones distintas de

¹⁰⁴ En Estados Unidos de Norteamérica, la doctrina “separados pero iguales” sentó sus bases en el año 1896, cuando la Suprema Corte declaró la constitucionalidad de una ley en Luisiana que permitía distinciones por motivo de raza para el acceso al sistema ferroviario, que funcionaba mediante el sistema de vagones separados. Cfr. Caso Plessy Vs. Ferguson 163 U.S. 537 (1896)

las propias; que permita conocer sobre los derechos, los deberes, las responsabilidades y las libertades; que permita desarrollar habilidades críticas sobre problemas políticos y sociales actuales, animando a los alumnos a desafiar las injusticias, las desigualdades y la discriminación; un sistema que permita entender cómo ha cambiado la sociedad y cuál es el contexto actual, analizando para ello componentes estructurales (justicia social, derechos humanos, exclusión, etc.); un sistema que dote a la persona de herramientas para el ejercicio de la ciudadanía y que le permita tomar conciencia del rumbo de sus decisiones, no solo de aquellas que le afectan directamente sino también de aquellas que puedan llegar a tener un impacto colectivo.

Por su parte, el derecho antidiscriminatorio hunde sus raíces en Estados Unidos de Norteamérica una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, como respuesta a las manifestaciones que emprendieron diversos grupos sociales por la reivindicación de sus derechos civiles (Barrere, 2003, pp. 1 y ss.).

Desde un comienzo, el derecho antidiscriminatorio se ha encaminado a la protección de los grupos sociales excluidos, asociado directamente a la noción de igualdad material dada la insuficiencia de la igualdad formal, y entendiendo entonces las medidas antidiscriminatorias como instrumentos de promoción de la igualdad de oportunidades, lo que en la práctica se materializa a través de las acciones afirmativas (Courtis, 2010, p. 112).

Sin embargo, de acuerdo con Courtis es posible diferenciar dos tipos de obligaciones que derivan del derecho antidiscriminatorio: obligaciones negativas y obligaciones positivas. Las primeras suponen “(...) no introducir distinciones normativas, o no adoptar o implementar las normas, de modo de menoscabar los derechos de grupos de personas identificados a través de esos factores” (Courtis, 2010, p. 106). Las segundas, por su parte, conllevan a “(...) adoptar medidas para eliminar los prejuicios y los obstáculos que impiden a esos grupos de personas disfrutar plenamente de sus derechos” (Courtis, 2010, p. 107).

En esa línea, las acciones afirmativas se insertarían dentro de las obligaciones positivas (mandato de acción); y la cláusula de no discriminación sería una derivación de las

obligaciones negativas (mandato de prohibición). Sobre cada uno de estos componentes ya se ha hecho mención previamente, por lo cual se remite al respectivo apartado.

La educación para la inclusión y el derecho antidiscriminatorio se constituyen así en estrategias que, desde diferentes campos de acción, se encaminan a fomentar en la sociedad los valores democráticos, al crear conciencia sobre la importancia de la diversidad y al eliminar los prejuicios y estereotipos que siguen afectando a los grupos históricamente marginados.

Dichas estrategias no han estado exentas de reparo por cuanto se considera que, en ocasiones, comportan una intervención excesiva a las libertades fundamentales, entre ellas la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de los padres de elegir libremente la educación de sus hijos, la libertad religiosa, entre otras; desde corrientes ultraconservadoras se cuestiona, especialmente, que se haga uso del derecho penal para reprimir expresiones o manifestaciones que si bien están acordes con una postura ideológica contraria a la de la inclusión de la diferencia, también encuentran, según advierten, protección constitucional a través del ejercicio de las libertades.

Sin entrar al fondo de este asunto por cuanto no es el objeto de este trabajo, simplemente basta con decir que en un Estado Social y Democrático no es posible definir en abstracto una escala de principios y valores. La prevalencia de un derecho sobre otro no puede depender de una postura ideológica particular (ética privada) sino del grado de vinculación que pueda existir entre algún contenido normativo que se pretenda proteger y los valores que conforman la ética pública de la modernidad.

Tal como se ha mencionado, dichos valores —que traducen la idea de dignidad humana— son el referente material común de los derechos y se constituyen en su fundamento. De tal modo que tomar partido por una concepción particularista de los derechos dentro de un marco constitucional que así lo permita es una idea que quizá resulte defendible en el momento de asumir y llevar a cabo un plan individual de vida; una prueba de ello es que en los sistemas democráticos se tienda a garantizar la objeción de conciencia como una excepción al deber de obediencia del Derecho.

Lo que no resulta plausible es que se asuma una posición tendenciosa respecto a la prevalencia de los derechos y al lugar que ellos ocupan dentro de la estructura normativa con la pretensión de generalizar en la sociedad una determinada forma de moralidad. Bajo ese entendido, más allá de la importancia que ha suscitado para la historia de los derechos el reconocimiento de la libertad religiosa o la libertad de conciencia, o por otra parte el papel que ha desempeñado la libertad de expresión en la consolidación de las democracias liberales, no obstante, de acuerdo con el estado actual de la discusión dentro de un escenario que se plantee como respetuoso de la diversidad y del pluralismo ideológico, ningún derecho tiene el carácter de absoluto.

Bajo ese entendido, la cláusula de no discriminación se constituye en regla constitucional de prohibición que entrará a operar desde el mismo momento en que se afecten o se pongan en riesgo los derechos y libertades de las personas pertenecientes a los grupos históricamente excluidos.

De ese modo, cuando un individuo o un grupo de individuos, a través de actos inequívocos de voluntad orientan su comportamiento hacia la conculcación de la dignidad humana o la libre autodeterminación de personas pertenecientes a colectivos tradicionalmente asediados, de ninguna manera podrían ampararse en el supuesto ejercicio legítimo de un derecho por cuanto se desbordarían el contenido y alcance de su ámbito protegible.

En ese orden de ideas es dable que los poderes públicos, a través de acciones positivas y de campañas educativas e institucionales de promoción, difusión y toma de conciencia, promuevan el ejercicio efectivo de los derechos. Ahora bien, cuando dichas medidas no son suficientes ante escenarios generalizados y sistemáticos de exclusión social y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es perfectamente válido que se adopten medidas sancionatorias para enfrentar el fenómeno discriminatorio en pro de la convivencia pacífica y la consolidación de los valores democráticos.

3.4. El reconocimiento de la capacidad jurídica en un marco de igualdad como presupuesto básico para el ejercicio de los derechos

Tratándose de la protección de los derechos, es necesario que el Estado adopte las medidas conducentes para garantizar que tanto la elección de los objetivos morales como los medios trazados para conseguir los mismos no resulten frustrados directa o indirectamente por factores externos.

Ahora bien, para que en el plano de las relaciones sociales pueda hablarse de una verdadera libertad de elección, es necesario que la voluntad del ser humano inequívocamente esté predeterminada por los fines morales que persigue (autonomía de la voluntad). Lo contrario supondría abonar el camino inexorable hacia su instrumentalización. Esto por cuanto “la libertad de elección constituye un presupuesto de cualquier reflexión moral” (De Asís, 2007a, p. 27).

En esa línea, Sánchez Ferriz ha expresado:

La libertad cuenta con un presupuesto indiscutible: la dignidad de la persona (hoy, universalmente aceptada como presupuesto de toda defensa de los derechos). A la concepción personal y social, tradicionalmente aludida con esta expresión, creo que lo que el constitucionalismo moderno ha aportado es su generalización, la consideración de que todo hombre, sin excepción, es portador de dignidad: es como haber reconocido a la persona una calidad humana, un crédito o mérito al decoro y, sobre todo, el respeto de todos los demás (Sánchez Ferriz, 1995, p. 50).

En la actualidad, una de las principales funciones que se asignan al Derecho —en el marco de un sistema social y democrático— es la promoción de las libertades fundamentales de las personas, que legitima medidas de amparo a favor de determinados grupos de personas que se encuentran en posición de desventaja y que requieren protección especial por parte del Estado. Sin embargo, en la práctica dicha situación de desventaja ha terminado por acentuar la posición de desigualdad.

De acuerdo con lo que se ha sostenido, el modelo social centra su discurso en un presupuesto básico, esto es, en la eliminación de las barreras que se originan en el interior

de la sociedad y que impiden el goce efectivo de los derechos, lo que da lugar no solamente a la restricción injustificada de ámbitos individuales de autonomía sino que además sitúa a las personas pertenecientes a este grupo en posición de desventaja respecto a las demás.

Por ello, en virtud de dicho modelo se definen algunos planes y estrategias que, desde diferentes flancos, apuntan a conjurar escenarios generalizados de desigualdad y discriminación sobre este grupo poblacional. De ese modo, deberán promoverse medidas y estrategias que permitan a cada persona encontrarse en un escenario tal donde pueda tomar sus propias decisiones de manera libre.

El reconocimiento material de los derechos del colectivo de personas con discapacidad está condicionado a la implementación de políticas estatales que tengan como propósito central la promoción de la autonomía y la libre determinación de los sujetos, todo dentro de la búsqueda de un objetivo básico: evitar que la discapacidad se constituya en óbice para el logro efectivo de las aspiraciones éticas de libertad de este grupo de personas, o incluso evitar que dicha situación sirva como pretexto para no efectuar tal reconocimiento.

En el modelo social, la capacidad jurídica se vincula al principio de igualdad; aboga por la transición del modelo de sustitución al modelo de apoyo; tiene de presente, además, que toda medida que se tome sobre la base de dicho modelo deba estar inmersa en el respeto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Tal como se formulan en la actualidad las medidas coactivas orientadas a la protección de las personas en situación de discapacidad —que resultan de la proyección paternalista del poder—, se constituyen *per se* en un obstáculo que impide el ejercicio pleno de los derechos de este grupo poblacional, en especial de aquellos derechos que derivan de la libre autonomía individual.

De ese modo, la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica afecta inexorablemente varios ángulos de protección de derechos; en efecto, se puede hablar de una vulneración de los derechos civiles por cuanto se restringe el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, la libertad religiosa, entre otros. Se presenta asimismo una afectación de los derechos políticos por cuanto se impide una adecuada participación y representación en el

discurso político, lo que da lugar a la formulación de medidas y políticas legislativas sin su intervención. Pero, además, se presenta una desorientación en la configuración de las propias políticas sociales, toda vez que se usan exclusivamente para tratar a la discapacidad como una cuestión de asistencia social (Quinn y Degener, 2002, pp. 17 y ss.).

Ahora bien, pese a que el ejercicio de los derechos¹⁰⁵ presupone el reconocimiento de la capacidad jurídica, la falta de materialización de tales derechos a su vez condiciona el ejercicio de la capacidad jurídica. En otras palabras, no basta solamente que se efectúe un reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, sino que dicho reconocimiento debe efectuarse en un escenario de igualdad; esto es, brindando las condiciones necesarias para que cada persona tenga la posibilidad fáctica de tomar decisiones en ejercicio de sus derechos.

Por eso es importante que, paralelamente al proceso de reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones frente a los demás, también se tomen las medidas suficientes para eliminar las barreras que impiden la igualdad, de manera que el ejercicio de las elecciones sea libre. Haciendo referencia a la posibilidad de elegir y actuar, Nussbaum señala: “muchas personas que disponen de la capacidad interna para participar en política no pueden optar por hacerlo porque no tienen la capacidad combinada para ello” (Nussbaum, 2012, p. 41).

4. A modo de conclusión del capítulo

El tema de la discapacidad no siempre ha hecho parte del discurso de los derechos humanos. Hasta época reciente, el mundo de la discapacidad se circunscribe exclusivamente al ámbito de la medicina y la seguridad social, y las pretensiones éticas de moralidad de las personas en situación de discapacidad no encuentran fundamento en el reconocimiento de su dignidad inherente sino en la voluntad caritativa del grupo

¹⁰⁵ Expone Bach (2009, p. 56) que el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás, “(...) resulta esencial para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y ejercer muchos de los otros derechos incluidos en la CDPD, tales como vivir en comunidad y adoptar todos los actos jurídicos necesarios para hacerlo, tener acceso al mercado laboral y de otros tipos, tomar decisiones sobre la atención a la salud, controlar sus propios asuntos económicos, etcétera”.

mayoritario. Incluso la formulación inicial del concepto de dignidad resulta de alguna medida restrictiva para el reconocimiento de los derechos de este colectivo de personas.

Habitualmente, el ejercicio de las capacidades se asocia con el concepto de utilidad puesto que, para otorgar validez jurídica a las actuaciones de la persona, se recurre al papel que ella desempeña al interior de la sociedad. De este modo, es capaz la persona que se considera útil a la sociedad; es decir, aquella de la que puede obtenerse un provecho social (De Asís, 2013a, p. 53).

Sin embargo, en las últimas décadas ha tomado fuerza una nueva forma de abordar esta cuestión que supone un cambio de paradigma a propósito del esquema tradicional de la discapacidad. A partir de este nuevo enfoque, al que se ha denominado “modelo social”, se concibe que la limitación infundada del ejercicio de los derechos de las personas que poseen alguna deficiencia no se produce por circunstancias “invalidantes” individuales, sino por la forma como se ha construido la sociedad. Por esa razón, desde este modelo se aboga por la adopción de medidas que permitan la inclusión a través de la igualdad de oportunidades.

El reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad debe fundarse en razones de libertad e igualdad, y no de beneficencia. Su condición de sujetos de derechos les permite demandar del Estado, en circunstancias de igualdad, las prerrogativas esenciales para una existencia digna en todas y cada una de las esferas de la vida (individual, familiar, profesional, social, etc.). Así pues,

El principio de la igualdad de derechos para las personas con discapacidad y el resto de la sociedad significa que las necesidades de todo ciudadano son de la misma importancia; que estas necesidades constituyen la base de la planificación de las sociedades, y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación a cada individuo (Fleischmann, 2003, p. 130).

Y esto resulta más que comprensible, toda vez que una postura contraria cercenaría las oportunidades de un grupo significativo de la población de desarrollar libremente un proyecto moral de vida.

Desde el punto de vista jurídico, la búsqueda de la igualdad no implica la homogeneización de situaciones diversas, sino la remoción de aquellos obstáculos (sociales, normativos, culturales, etc.) que impiden el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En este contexto, el derecho a la igualdad obliga a las autoridades a otorgar un mismo trato en la ley y frente a la ley (igualdad formal), y a promover las condiciones necesarias para que todas las personas puedan acceder efectivamente a los derechos, bienes y servicios (igualdad material), adoptando, cuando la situación así lo amerite, las medidas suficientes para equilibrar los desajustes que se crean al interior de la sociedad (igualdad de oportunidades/acciones afirmativas/medidas contra la discriminación indirecta).

Por su parte, la tutela antidiscriminatoria apunta a evitar que se brinde un trato degradante o que se materialice una conducta que pueda atentar contra la libre autodeterminación de las personas pertenecientes a colectivos excluidos, y concibe, por razones históricamente comprobables, que dicho trato se origina en la falta de correspondencia entre los proyectos individuales de vida y los marcadores sociales de identidad (medidas contra la discriminación directa).

Es necesario repensar los conceptos de dignidad humana y de personalidad jurídica. Urge una nueva concepción acerca del individuo, que no necesariamente implique dejar de lado la visión de sujeto moral que, en todo caso, no está exenta de reparos por su abstracción. Quizá sea importante partir de una perspectiva de sujeto moral que tenga vocación de universalidad, pero que a su vez se ajuste a las particularidades del ser humano y su contexto, de modo que cuando se haga referencia al sujeto moral se quiera suponer el logro de los planes individuales de florecimiento humano; que tenga como guías los principios de autonomía e independencia, y no asuma estos componentes como requisitos para el reconocimiento de la capacidad jurídica sino como medios para la realización del proyecto de vida.

Capítulo 2

Las normas internacionales en materia de protección de la discapacidad aplicables al caso colombiano. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como paradigma de protección de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad

1. El enfoque actual de la discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de la normatividad aplicable al caso colombiano

En la década de 1970¹⁰⁶ apenas se lograba facultar a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para desarrollar programas que tuviesen como objetivo “la rehabilitación de las personas impedidas”. En virtud de ello, los Estados debían informar a la OIT acerca de las medidas adoptadas al interior de sus ordenamientos, que estuviesen destinadas “a la creación de oportunidades de empleo para las personas inválidas”¹⁰⁷.

Actualmente ya se cuenta con tratados internacionales sobre esta materia, en virtud de los cuales los Estados se obligan a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, en los diferentes ámbitos de su vida (familiar, laboral, educativo, profesional, etc.).

Así pues, el marco regulatorio que se ha codificado sobre esta materia refleja el creciente interés de la comunidad internacional por salvaguardar los derechos de las personas en situación de discapacidad. Como ha sido usual en este tipo de procesos reivindicatorios, en un primer momento se destaca la presencia de normas con carácter más declarativo y programático, con lo cual se deja su aplicación a la libre disposición de los Estados. Pero hoy por hoy, en materia de discapacidad es creciente el número de disposiciones a las que se les ha otorgado fuerza vinculante, al tiempo que se ha dispuesto de mecanismos más sofisticados de seguimiento y control, con lo que se reduce cada vez más el poder de discreción del Estado para justificar el incumplimiento de la normatividad internacional.

¹⁰⁶ En el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo (1979).

¹⁰⁷ Oficina Internacional del Trabajo (1987). *Servicios de rehabilitación profesional para las personas inválidas* (1ª. ed.), p. 1.

Pese a que ya han pasado más de seis décadas después de haberse suscrito la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aún en la actualidad persisten prácticas discriminatorias en contra de los grupos marginados de la población, lo que acentúa cada vez más su situación de desventaja y exclusión social. Ello ha puesto de manifiesto la necesidad de consagrar en los ordenamientos internacionales garantías concretas de protección a fin de salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de dichos colectivos de personas.

En cuanto a la protección de la discapacidad, la principal novedad que presenta la normatividad internacional, recientemente expedida, es que desde ella se asume que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Esto ha comportado dos nuevas proyecciones para el tratamiento de la discapacidad: la primera de ellas apunta a que las normas sobre esta materia poco a poco han empezado a incorporar, dentro de sus principios orientadores, el componente de igualdad y no discriminación; y la segunda, relacionada con la anterior, supone un replanteamiento del enfoque tradicional de la discapacidad en la medida en que comienza a asumirse que la causa que origina este fenómeno tiene una naturaleza social antes que individual. Esto ha dado lugar a que en el plano internacional se haya empezado a abrir paso el denominado modelo social de la discapacidad¹⁰⁸.

Como se ha visto, concebir la discapacidad desde esta nueva perspectiva comporta, en el plano normativo, la implementación de medidas que tengan como propósito la supresión de barreras físicas y sociales a fin de garantizar a este colectivo de personas el goce efectivo de los derechos civiles y políticos, así como el acceso a la información, a la educación, al cuidado médico y sanitario, a un trabajo digno, a los bienes y servicios, etc., en condiciones de igualdad. Esto debido a que la falta de un sistema adecuado de protección

(...) priva a las personas con discapacidad de la oportunidad de competir sobre una base de igualdad, así como de aprovechar las oportunidades de las que goza cualquier ciudadano, lo cual, además de una injusticia, supone un gasto innecesario del que deben hacerse cargo los poderes públicos (y en última instancia la comunidad), debido al estado de dependencia al que se reduce a muchas de estas personas (Pérez Bueno, 2004, p. 24).

¹⁰⁸ La *Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, expedida en el seno de Naciones Unidas, es el ejemplo más paradigmático del enfoque social de la discapacidad.

Así, también bajo el modelo en mención, el reconocimiento de la capacidad jurídica se encuentra estrechamente vinculado al principio de igualdad, y aboga entonces por la transición del modelo de sustitución de la voluntad hacia el modelo de apoyo para la toma de las decisiones, lo que en todo caso tiene de presente que toda medida que se adopte deberá estar precedida por el respeto de los derechos de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de existencia.

En ese orden de ideas, a continuación se analizarán los últimos avances normativos del Derecho Internacional en materia de discapacidad, tanto en el marco del Sistema Interamericano como en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos, centrando el análisis en los instrumentos convencionales de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad, que fueron ya suscritos por el Estado colombiano.

1.1. Análisis de la normatividad sobre discapacidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una mirada a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La preocupación por los derechos de las personas en situación de discapacidad dentro de este ámbito de protección es muy reciente. Antes de la entrada en vigor de la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*¹⁰⁹, el Sistema Interamericano no estaba dotado de suficientes herramientas legislativas ni provisto de mecanismos específicos de protección que permitiesen revestir de mayores garantías los derechos de este grupo de la población.

Así pues, salvo lo dispuesto en el artículo 18¹¹⁰ del Protocolo de San Salvador¹¹¹ (donde se hace expresa mención al reconocimiento de los derechos a favor de este grupo de

¹⁰⁹ La Convención entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

¹¹⁰ “Art. 18. Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. proporcionar

personas), no existía con antelación a la firma de la precitada Convención normatividad relevante que directamente abordase el tema de la discapacidad. Tan solo se contaba con algunos pocos documentos de referencia, entre los que cabe destacar la Resolución 1369 o “Compromiso de Panamá con las personas con discapacidad en el continente americano”, del 5 de junio de 1996¹¹², y la Resolución 1356 “sobre la situación de los discapacitados en el continente americano”, del 9 de junio de 1995¹¹³, ambas proclamadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En virtud de la primera se recomienda a los Estados incrementar sus esfuerzos para crear mejores condiciones de salud, educación, empleo, capacitación, etc., a fin de promover la integración social de las personas en situación de discapacidad y de facilitar su contribución a la sociedad. Mediante la segunda se insta a los Estados a adoptar medidas para prevenir la discapacidad, para identificar los riesgos que dan lugar a ella y para mejorar las condiciones de salud de este colectivo de personas a fin de facilitar su integración a la sociedad.

Sin embargo, dichos documentos abordan la cuestión de la discapacidad de manera muy somera, aunado a que se trata de proclamaciones desprovistas de toda fuerza vinculante, con lo cual en la práctica no dejan de constituirse en “catálogos de buenas intenciones”. En ese sentido, es a través de la aplicación de los instrumentos generales del sistema¹¹⁴ como se han dado algunos avances en materia de protección de los derechos de las personas que se encuentran en situación de discapacidad¹¹⁵.

Así pues, dentro de este ámbito de protección, el reconocimiento de los derechos de los grupos en situación de desventaja se ha conseguido básicamente mediante la labor de

formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”.

¹¹¹ También denominado “Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, suscrito el 17 de noviembre de 1988 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

¹¹² Documento accesible en www.oas.org/juridico/spanish/ag-res96/Res-1369.htm

¹¹³ Documento accesible en [www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1356_\(XXV-O-95\).htm](http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1356_(XXV-O-95).htm)

¹¹⁴ Entre los que figuran la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) y la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969).

¹¹⁵ Sobre esta cuestión resulta pertinente consultar el Caso Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 63/99, caso 11.427. Abril 13 de 1999.

interpretación de los mencionados instrumentos de derechos humanos por parte de los órganos del sistema, en lo cual ha sido común tomar como marco de referencia el Principio de igualdad y no discriminación, que ha tenido dentro de este sistema de protección amplio desarrollo normativo y jurisprudencial¹¹⁶.

Es así como desde el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en 1948, se dispone que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. En el artículo 2º de este mismo documento, se establece que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”¹¹⁷.

Como corolario de lo anterior, el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, preceptúa que

los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 24º de este mismo documento dispone que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

¹¹⁶ Al respecto puede verse la parte introductoria del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). En ella se dispone, que los Estados miembros “deben implementar medidas positivas destinadas a garantizar condiciones de vida dignas, igualdad de oportunidades y plena participación en la toma de decisiones como objetivos básicos del desarrollo integral de los habitantes y las sociedades del Hemisferio. En este sentido deben brindar especial protección y estimular el desarrollo de quienes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, en particular, a los niños, los discapacitados, las mujeres, los pueblos indígenas y los trabajadores migratorios y sus familias”. Organización de Estados Americanos, abril 16 de 2001. Documento accesible en www.cidh.org/annualrep/2000sp/indice.htm.

¹¹⁷ Cabe destacar, que las disposiciones de la Declaración Americana no solo fungen como criterios hermenéuticos para la interpretación de las demás normas del sistema, sino que son enunciados directamente aplicables a casos concretos, aún cuando los Estados que sean objeto de alguna denuncia no hayan ratificado los instrumentos convencionales de derechos humanos. Al respecto puede verse el Informe No. 62/02, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.285, Michael Domingues Vs. Estados Unidos (octubre 22 de 2002).

Dicho principio se encuentra también proyectado en el artículo 3° del Protocolo de San Salvador el cual establece que

los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Ahora bien, el Principio de igualdad y no discriminación no solamente ha sido formulado de manera genérica en los mencionados instrumentos del Sistema Interamericano, sino que también se encuentra vinculado de manera específica a cierta categoría de derechos en razón al bien jurídico protegible o del *objeto de protección*. Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 8° del Pacto de San José —que hace referencia a las garantías judiciales—, mediante el cual se resalta el derecho que tienen todas las personas, en los procesos judiciales en los que sean parte, a que se les garantice el cumplimiento de las reglas procesales mínimas, en condiciones de igualdad. O, por otro lado, lo dispuesto en el artículo 13° del Protocolo de San Salvador¹¹⁸, mediante el cual se reconoce a todas las personas el derecho a la educación sin que pueda existir discriminación alguna por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, posición económica, o de cualquier otra índole¹¹⁹.

Asimismo, este principio se constituye en la piedra angular de ciertos mecanismos específicos de protección en atención al estatus de las personas o de los *sujetos de protección*. Un ejemplo de esto lo constituye la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, que entre otras cosas, reconoce a este colectivo de personas el derecho a recibir igual tratamiento por parte de la ley (Art. 4°), así como también el derecho que tienen las mujeres a llevar una vida libre de violencia, y a ser protegidas contra toda forma de discriminación (Art. 6°).

¹¹⁸ En concordancia con lo dispuesto en el mencionado artículo tercero (3°) de este mismo Protocolo.

¹¹⁹ Es de anotar que dentro de la gama de derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la educación, junto con el derecho de asociación sindical, son los únicos que están provistos del mecanismo de Peticiones Individuales ante la Comisión Interamericana y, en su caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Particularmente, este instrumento dispone que para la adopción de las medidas de protección deberá tenerse en cuenta, especialmente,

(...) la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad (Artículo 9°).

Posteriormente, se suscribiría la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia¹²⁰, que asume el fenómeno discriminatorio como

(...) cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”. (Art. 1, num. 1).

Este instrumento incluye la discapacidad como uno de los factores de discriminación (Art. 1, num. 2).

Pues bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹²¹ ha sostenido en reiteradas oportunidades que en virtud del Principio de igualdad y no discriminación deberá prohibirse todo tratamiento diferenciado por parte de los Estados, salvo que exista un fin legítimo que así lo justifique. A juicio de la Comisión,

dicha garantía fundamental establece la imposibilidad de que los Estados partes de la Convención den un tratamiento distinto o desigual a sus ciudadanos ante situaciones equivalentes. Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados no puedan establecer diferencias en el trato de determinadas situaciones, pues no todas las diferencias están

¹²⁰ La Convención fue adoptada el 5 de junio de 2013.

¹²¹ La CIDH se creó en el año 1959 con el fin de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el continente americano. La Comisión es un órgano de carácter semijudicial, y tiene dentro de sus principales funciones la presentación de demandas ante la Corte, cuando haya lugar, la elaboración de informes (anuales o especiales), y la realización de visitas *in loco*.

prohibidas. Solo cuando la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable estaremos en presencia de una vulneración del artículo 24 de la Convención¹²².

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORIDH)¹²³ ha desarrollado ampliamente la noción de igualdad, haciendo énfasis en las diversas proyecciones de este concepto y poniendo de relieve la relación que subyace entre la idea de igualdad y la dignidad humana. Ha entendido este Tribunal, que

la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza¹²⁴.

Asimismo, la Corte ha llamado la atención a los Estados para que dentro de sus legislaciones adopten medidas afirmativas a fin de compensar las situaciones de desventaja que impiden el disfrute efectivo de los derechos. En referencia al derecho de acceso a la justicia, este Tribunal ha expresado que el Principio de igualdad y no discriminación permite adoptar correctivos para evitar situaciones de desequilibrio entre quienes concurren a las actuaciones procesales.

En ese sentido,

la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría

¹²² CIDH. Informe de Fondo No. 48/98, caso 11.403. Carlos Alberto Marín Vs. Colombia. Septiembre 29 de 1998, párrafo 48.

¹²³ La CORIDH fue establecida en el año 1979 con el fin de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte es una institución de carácter judicial y está revestida de una competencia consultiva (expresa opiniones sobre el alcance de una disposición normativa) y de una competencia contenciosa (profiere sentencias definitivas sobre los casos puestos a su consideración).

¹²⁴ CORIDH. Opinión Consultiva OC-4/84. Enero 19 de 1984, párrafo 55.

decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹²⁵.

Es de anotar que además de la receptividad del Principio de igualdad y no discriminación en los diversos instrumentos del sistema, la Corte Interamericana incluso ha llegado a considerar el mismo como una norma de *ius cogens*, tal como se desprende de la Opinión Consultiva OC-18 de 2003, indicando que de ella se derivan obligaciones para todos los Estados, además de que surte efectos de vínculos jurídicos en relación a terceros, aun cuando sean particulares.

1.1.1. Abordaje de los casos más relevantes resueltos dentro del sistema en materia de discapacidad

Concretamente sobre la cuestión de la discapacidad, el Sistema Interamericano no presenta grandes volúmenes de jurisprudencia. Sin embargo, se han fijado importantes lineamientos en materia de protección de los derechos a favor de este colectivo de personas, lo que puede destacarse a través de tres pronunciamientos: dos emitidos por parte de la Corte, y uno por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Caso Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador¹²⁶

La Comisión Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la discapacidad en el Caso Víctor Rosario Congo vs. Ecuador, donde se investigó la presunta responsabilidad del Estado por el fallecimiento de una persona en situación de discapacidad psíquica, producto de enfermedad mental.

El informe No. 63/99, emitido por la CIDH, da cuenta de que en el mes de julio de 1990 el señor Rosario Congo fue sindicado de la comisión de un delito, razón por la cual fue recluido en un establecimiento carcelario en virtud de una orden proferida por un órgano

¹²⁵ CORIDH. Opinión Consultiva OC-16/99. Octubre 1 de 1999, párrafo 119.

¹²⁶ CIDH. Informe de Fondo No. 63/99, caso 11.427. Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Abril 13 de 1999, párrafo 141.

judicial; que pese a que existían indicios que hacían presumir que en el momento de su encarcelamiento la víctima padecía trastornos mentales, fue confinado en un centro de detención para presos comunes; que estando allí, el señor Rosario Congo fue objeto de constantes agresiones tanto físicas como verbales por parte de los funcionarios del centro, y que nunca recibió atención médica; que aproximadamente dos meses después de su reclusión, el interno fue alojado en una celda de aislamiento donde aparentemente permanecía desnudo e incomunicado.

El informe refiere que después de cumplir con algunos trámites judiciales y administrativos, en el mes de octubre de ese mismo año se logró la autorización para trasladar a la víctima a un centro de rehabilitación a fin de que recibiera atención médica; que, sin embargo, por cuestiones de extrema gravedad esta persona tuvo que ser trasladada a un centro hospitalario en donde posteriormente fue internada en condiciones críticas, debido al alto grado de deshidratación. Unas horas después de su hospitalización, el señor Rosario Congo falleció. El protocolo de autopsia concluyó que las causas de muerte de esta persona fueron la desnutrición, el desequilibrio hidroelectrolítico y la insuficiencia cardiorrespiratoria.

La Comisión inició su análisis señalando que en los casos que involucran a personas con enfermedades mentales debían aplicarse los estándares internacionales que existían sobre esta materia a fin de verificar el cumplimiento de las normas convencionales dentro de este ámbito específico de protección; que dadas las circunstancias de este caso, su estudio debía efectuarse a la luz de lo dispuesto en los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, adoptados por la Asamblea General de la ONU como criterio orientativo en lo que se refiere a la tutela y garantía de los derechos de las personas con este tipo de discapacidad¹²⁷.

La Comisión expresó que, en virtud del artículo 5° del Pacto de San José, toda persona privada de la libertad debía ser tratada con respeto a la dignidad inherente al ser humano; que, en ese sentido, los funcionarios encargados de mantener el orden en las cárceles tenían la obligación de brindar un trato digno a los reclusos que se hallaban bajo su custodia; que, a pesar de ello, en este caso específico se había logrado demostrar que uno de los guías del

¹²⁷ *Ibíd.*, párrafo 54.

centro de detención, quien para los efectos de este caso fungía como autoridad pública, había agredido sin motivo aparente al interno Rosario Congo causándole serios perjuicios en su salud, lo que a juicio de la Comisión contrastaba con el deber que tienen los Estados de salvaguardar los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

Asimismo, la Comisión Interamericana recalcó la obligación general que tienen los Estados de proteger la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran en situación de discapacidad; a juicio de la Comisión, la *incomunicación* puede llegar a constituir, *per se*, un trato cruel e inhumano, máxime cuando esta medida se aplica dentro de una institución penitenciaria a una persona que enfrenta una discapacidad, producto de enfermedad mental; que, en este específico caso, dicha situación se veía doblemente agravada por las condiciones deplorables en las que se mantuvo al señor Rosario Congo, quien además permaneció aislado y sin poder satisfacer sus necesidades básicas. Señaló la Comisión que, por lo tanto, y en razón a que no se tomaron las medidas necesarias para asegurar la integridad física y mental de la víctima, el Estado debía ser declarado responsable por contravenir lo dispuesto en el artículo 5º del Pacto de San José¹²⁸.

Respecto a la vulneración del derecho a la vida, la Comisión advirtió que, pese a que del resultado de la autopsia no se había logrado deducir que Víctor Rosario Congo falleció como consecuencia de las lesiones que le perpetraron sino a causa de la deshidratación que sufrió durante el tiempo que permaneció aislado, sin ingerir agua ni alimentos, el Estado no logró demostrar que había tomado las medidas necesarias para mejorar las condiciones de salud de esta persona quien no solo presentaba lesiones físicas que requerían de atención médica sino que además no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado¹²⁹.

La Comisión afirmó que el sistema penitenciario del Estado en cuestión no estaba a la altura de las pautas comúnmente aceptadas sobre la asistencia médico-psiquiátrica, e hizo expresa remisión al artículo 20º de los mencionados Principios internacionales sobre salud mental, que dispone que las personas que padezcan enfermedad mental y cumplan alguna medida judicial que conlleve privación de la libertad deberán recibir la mejor atención disponible en materia de salud.

¹²⁸ *Ibid.*, párrafos 58 y 59.

¹²⁹ *Ibid.*, párrafo 73.

La Comisión agregó que en el presente caso el Estado no había adoptado las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la vida de Víctor Rosario Congo, quien se encontraba en estado de indefensión debido en parte a su condición de salud y en parte a las lesiones que le ocasionara un servidor estatal; que, asimismo, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se había podido determinar que existía un nexo causal entre la violación a la integridad física de la víctima, el deterioro de su salud y su posterior muerte; que, por lo tanto, el Estado había infringido el artículo 4º del Pacto de San José y había incurrido en la omisión de cumplir con sus deberes y obligaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del precitado instrumento.

Finalmente, en cuanto a la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial, la Comisión advirtió que para el momento de la elaboración de su informe no tenía aún conocimiento sobre la existencia de procesos judiciales relacionados con este caso, pese a que el señor Rosario Congo había sido víctima de un delito que debía investigarse de oficio; que, en esa medida, el Estado había transgredido el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que no se emprendieron las acciones judiciales correspondientes para establecer responsabilidades por las lesiones y posterior muerte de Víctor Rosario Congo¹³⁰.

La Comisión concluyó su informe recomendando al Estado adoptar las medidas pertinentes para: a) identificar y sancionar a los responsables de los hechos que dieron origen a esta causa; b) reparar a los causahabientes del señor Rosario Congo; c) brindar atención médico-psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales y que se encuentran recluidas en centros de detención; y d) dotar al servicio de salud del sistema penitenciario de especialistas que estén capacitados para identificar trastornos psíquicos que puedan afectar la vida e integridad de las personas que se encuentran privadas de la libertad¹³¹.

Como puede observarse, el Informe 63/99 de la Comisión Interamericana también representa un avance importante en materia de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad psíquica. A través del mismo, la Comisión subrayó las graves

¹³⁰ *Ibid.*, párrafos 88 y 89.

¹³¹ *Ibid.*, párrafo 103.

connotaciones que comporta para este colectivo de personas la afectación de sus derechos, por lo cual hizo además un llamado al Estado en cuestión para que adoptase los correctivos necesarios a fin de dar pleno cumplimiento a los derechos de este grupo de la población. Como bien lo señala Christian Courtis, en este caso específico la Comisión reclamó del Estado

una consideración diferente de los distintos derechos en juego cuando se trata de su aplicación a una persona con discapacidad y (...) la adopción de medidas positivas, y no de meras omisiones, para cumplir con las obligaciones establecidas en la Convención... (Courtis, 2004, p. 143).

Una de las cuestiones más relevantes dentro de este pronunciamiento es la expresa remisión que hace la Comisión —en atención al estado de salud de la víctima—, a las normas internacionales en materia de discapacidad (en concreto a los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental)¹³² a fin de interpretar los preceptos de la Convención a la luz de los estándares universales de derechos humanos adoptados en el seno de Naciones Unidas.

- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil¹³³

La Corte Interamericana inicialmente tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de la discapacidad a través del Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, donde se determinó la responsabilidad del Estado demandado por infringir la Convención Americana de Derechos Humanos. Los hechos que dieron lugar a dicha jurisprudencia se remontan a 1999, y tienen que ver con la muerte de Damião Ximenes Lopes quien, debido a una enfermedad mental, había sido hospitalizado en una casa de reposo con el fin de recibir atención médica. Sin embargo, esta persona falleció al tercer día de internación.

La Comisión presentó la demanda ante la Corte invocando la vulneración de los artículos 4° (Derecho a la Vida), 5° (Derecho a la Integridad Personal), 8° (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25° (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en

¹³² El contenido de estos Principios es analizado en el apartado correspondiente al Sistema Universal de Derechos Humanos.

¹³³ CORIDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006.

relación con la obligación establecida en el artículo 1º (Obligación de respetar los derechos) del Pacto de San José, por las condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Ximenes Lopes; por los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de la víctima por parte de los funcionarios de la institución; y por la falta de investigación de la muerte de esta persona, lo que mantenía el caso en la impunidad, hechos que a juicio de la Comisión se veían agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima¹³⁴.

La Corte Interamericana efectuó el análisis de este caso partiendo de dos premisas específicas: los derechos de las personas en situación de discapacidad, y el deber del Estado de garantizar su cumplimiento. La Corte empezó señalando que, en virtud del artículo 4º de la Convención, la vida es un derecho fundamental cuyo disfrute es requisito para el ejercicio de todos los demás derechos y que por lo tanto los Estados tenían la obligación de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que impidiese cualquier amenaza de vulneración; que respecto a este derecho en concreto el Estado tenía deberes especiales de protección, máxime cuando se trata de personas que se encuentran en condición de indefensión o inferioridad¹³⁵.

Dicho Tribunal sostuvo que el artículo 5º del Pacto de San José reconocía el derecho a la integridad personal, en virtud del cual se prohibían la tortura y los tratos crueles e inhumanos. Agregó que este derecho hace parte del dominio del *ius cogens*, razón por la cual no podía suspenderse bajo ninguna circunstancia; que tratándose de personas en situación de discapacidad los Estados tenían el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz, lo que incluía entre otras cosas el acceso de las personas a servicios básicos de salud, la promoción de la salud mental y la prevención de las discapacidades mentales¹³⁶.

Asimismo, el Tribunal indicó que, debido a su condición emocional, las personas que presentan algún tipo de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, sobre todo cuando este comporta la internación en una institución psiquiátrica debido al alto grado de intimidación que caracteriza a este tipo de

¹³⁴ *Ibid.*, párrafo 3.

¹³⁵ *Ibid.*, párrafo 125.

¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 128.

procedimientos médicos. Por esa razón, la Corte consideró que todo tratamiento de salud dirigido a estas personas debía tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad, al tiempo que recalcó la necesidad de tomar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico el respeto a la intimidad y la autonomía de las personas; que si bien este último principio no era absoluto, dado que la necesidad misma del paciente podía requerir en ocasiones la adopción de medidas sin contar con su consentimiento, no obstante debía aplicarse la presunción de que las personas que presentan este tipo de discapacidad son capaces de manifestar su voluntad, que debe ser respetada por el personal médico¹³⁷.

Por otro lado, el Tribunal indicó que los Estados Partes estaban obligados a suministrar recursos judiciales efectivos para asegurar los derechos de acceso a la justicia (Art. 25°), que debían sustanciarse de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1)¹³⁸.

También en este caso la Corte señaló que la obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agotaba con la sola existencia de un orden normativo que recogiera dicha observancia, sino que comportaba además la actuación positiva de los Estados y la existencia de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos; que, como consecuencia de ello, en virtud del artículo 1° de la Convención todo Estado era internacionalmente responsable por acciones u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos que conllevaran la vulneración de los derechos reconocidos en el mencionado instrumento de derechos humanos.

Concluyó el Tribunal afirmando que, de acuerdo con el material probatorio, se había logrado comprobar que las precarias condiciones de funcionamiento de la casa de reposo se distanciaban de forma significativa del ambiente adecuado para ofrecer a estas personas un tratamiento de salud digno y compatible con la protección de la vida y la integridad personal. Agregó que el Estado, pese a tener posición de garante, no adoptó las medidas necesarias para evitar los daños que finalmente se causaron; que, asimismo, el Estado no dispuso de un recurso efectivo para garantizar en un plazo razonable el derecho de acceso a la justicia con plena observancia de las garantías judiciales, ni tampoco proporcionó a los

¹³⁷ *Ibid.*, párrafo 130.

¹³⁸ *Ibid.*, párrafo 175.

familiares de la víctima un recurso idóneo para garantizar la determinación de la verdad de los hechos, la investigación, procesamiento y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación por los perjuicios causados.

En el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió los planteamientos de la Comisión y condenó al Estado brasileño por quebrantar los artículos 1.1 (Obligación general de respetar y garantizar los derechos); 4.1 (Derecho a la vida); 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal); 8.1 (Derecho a las Garantías Judiciales); y 25.1 (Derecho a la Protección Judicial), de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo conminó al Estado para que dentro de un plazo razonable adelantara el proceso interno tendente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos que originaron la causa.

Sin lugar a dudas este fallo se constituye en un importante precedente jurisprudencial dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no solo porque se trata de la primera sentencia judicial en materia de discapacidad sino porque en él se pone de manifiesto la especial posición de garante que debe asumir el Estado a fin de garantizar los derechos de este colectivo de personas¹³⁹. Así pues, pese a que en este pronunciamiento no se hace expresa mención del Principio de igualdad y no discriminación, se deja por sentado que, dada la condición de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, los Estados-Parte tienen, respecto de ellas, deberes especiales de cuidado, de regulación y de investigación¹⁴⁰.

En virtud del primero (deberes de cuidado), la Corte señaló que el Estado “tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna”¹⁴¹, lo que exige también del Estado “...la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud”¹⁴². En la comentada jurisprudencia el Tribunal expresó que los cuidados de que son titulares todas las personas “alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con

¹³⁹ *Ibid.*, párrafo 138.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 137 y ss.

¹⁴¹ *Ibid.*, párrafo 138.

¹⁴² *Ibid.*, párrafo 139

discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas”¹⁴³.

En cuanto a lo segundo (deberes de regulación), la Corte hizo énfasis en la obligación que asumían los Estados de fiscalizar la atención médica en salud, para lo cual resultaba además indispensable ejercer labores de control y vigilancia sobre las instituciones que prestaban dichos servicios “...como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción...”¹⁴⁴ lo que incluía fiscalizar “...tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud como a aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud”¹⁴⁵.

Respecto a lo tercero (deberes de investigación), el Tribunal indicó que la obligación de tutelar los derechos humanos no se cumplía simplemente al establecer un orden normativo que recogiera dicha observancia, sino que comportaba, además, “...la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁴⁶. A juicio de la Corte, una de las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos, era precisamente cumplir con el deber de investigar la vulneración de los mismos “...el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado”¹⁴⁷.

Asimismo, mediante este fallo se pusieron de manifiesto las diversas connotaciones que puede tener una misma afectación de derechos dependiendo de las condiciones particulares de la víctima. Así pues, en el precitado caso la Corte sostuvo que, tratándose de personas en situación de discapacidad mental, las circunstancias individuales de la víctima debían tomarse en cuenta en el momento de determinar la vulneración de su integridad personal, “(...) ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos”¹⁴⁸.

¹⁴³ *Ibid.*, párrafo 140.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 141.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 141.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 147.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 147.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 127.

- Caso Furlán y familiares vs. Argentina¹⁴⁹

Los hechos que motivaron la decisión judicial tuvieron lugar en diciembre de 1988 en Argentina, momento en que Sebastián Furlán, de catorce de años de edad, ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército, con fines recreativos. El inmueble no contaba con ningún cerco de seguridad que impidiera su ingreso. Una vez en el predio, Sebastián intentó alzarse para engancharse de un parante de peso considerable que no resistió y cayó sobre él, golpeándole en la cabeza y produciéndole una pérdida inmediata del conocimiento. El informe médico arrojó que el menor había sufrido traumatismo encéfalo-craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma.

A raíz del accidente sufrido, su padre interpuso una demanda contra el Estado con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo. Mediante sentencia de primera instancia, emitida el 7 de septiembre de 2000, el juzgado declaró que el daño ocasionado a Sebastián fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio, decisión que fue confirmada en segunda instancia.

La Ley 23.982 de 1991 había estipulado dos formas de cobro de indemnización: i) el pago diferido en efectivo, o ii) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo. Teniendo en cuenta las condiciones precarias y la necesidad de obtener rápidamente el dinero, el padre optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional.

El pago de honorarios y las costas procesales de la segunda instancia provocaron que Sebastián terminara recibiendo 38.300 pesos argentinos, de los 130.000 ordenados por la sentencia de primera instancia. Luego de intentar suicidarse en dos ocasiones y de estar inmerso en un proceso penal por golpear a su abuela, algunos informes médicos recomendaron asistencia especializada. Un perito dictaminó que Sebastián tenía un 70 % de discapacidad. El 26 de agosto de 2009, luego de diversos intentos por acceder a una pensión, Sebastián solicitó nuevamente que se le concediera una pensión por invalidez.

¹⁴⁹ CORIDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Sentencia de agosto 31 de 2012.

La Comisión presentó el caso ante la Corte y solicitó que se decidiera sobre presunta vulneración de los artículos 8.1 y 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Sebastián Furlán y su padre. Así también solicitó que se decidiera sobre la vulneración de los artículos 25.2.c, 5.1 y 19 en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Sebastián; y del artículo 5.1, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares de Sebastián.

La Corte empezó el análisis aclarando que en atención a que al momento del accidente Sebastián era menor de edad y que dicho accidente le provocó una discapacidad, los hechos debían analizarse a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los derechos de los niños y las niñas, y de los estándares internacionales sobre la protección de los derechos de personas con discapacidad (párrafo 124).

Destacó la Corte que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado, como a la familia y a la sociedad (párrafo 125).

Por otra parte, afirmó el Tribunal que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debía tomar en cuenta el principio del interés superior del niño (párrafo 126).

La Corte puso de relieve que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional en materia de discapacidad tienen en cuenta el modelo social, lo que implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino por la interrelación con las barreras o limitaciones sociales (párrafo 133).

El Tribunal indicó que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es obligatoria la adopción de medidas positivas, que se determinan en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (párrafo 134).

Respecto al plazo razonable, la Corte encontró que el caso no involucraba aspectos que permitieran inferir una complejidad cuya respuesta hubiera requerido el transcurso de un lapso de casi doce años, por lo que la demora no podía justificarse en razón de la complejidad del asunto (párrafo 159).

En relación con las garantías procesales, el Tribunal consideró que en casos de personas vulnerables resultaba imperativo tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizaran la pronta resolución y ejecución de los mismos (párrafo 196).

La Corte consideró que la prolongación del proceso en este caso impactó de manera directa en la situación de la presunta víctima y su efecto tiene, hasta el día de hoy, un carácter irreversible, por cuanto el retraso de la indemnización impidió que recibiera los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida (párrafo 203).

Sobre el derecho de propiedad, la Corte encontró que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue integral, por cuanto Sebastián terminó cobrando un monto excesivamente menor al que había sido inicialmente ordenado (párrafo 214). Que, por lo tanto, la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización no fue efectiva ni cumplió la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos judicialmente (párrafo 219).

En relación con el derecho de Sebastián a ser oído, la Corte consideró que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía. Que, en consecuencia, el operador jurídico debía tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad para acordar su participación en la determinación de sus derechos (párrafo 230).

La Corte observó que Sebastián no fue escuchado directamente por el juez de primera instancia (párrafo 232). Teniendo en cuenta lo anterior, consideró que se vulneró su derecho a ser oído y a ser debidamente tomado en cuenta, transgrediéndose lo consagrado en el artículo 8.1 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana (párrafo 233).

Sobre el derecho a la integridad personal, la Corte señaló que cuando el Estado crea o agrava la situación de vulnerabilidad de una persona también tiene un impacto en la integridad de las personas que la rodean, en especial de su núcleo familiar (párrafo 250). Dicho impacto generó un estado de angustia permanente en la familia, lo que terminó por quebrantar los lazos familiares (párrafo 256).

De ese modo, la Corte consideró que el Estado argentino incurrió en la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 y el derecho al acceso a la justicia recogido en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1, de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares de Sebastián (párrafo 265).

Concluyó el tribunal indicando que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan situaciones de desventaja (párrafo 268). Que debido a los bajos recursos de la familia de Sebastián, el Estado debía adoptar todas las medidas adecuadas para enfrentar dicha situación. Por lo anterior, el Tribunal decidió declarar al Estado responsable por incumplir su obligación de garantizar, sin discriminación, los derechos de acceso a la justicia y de integridad personal en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 21, 25.1 y 25.2.c, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián.

Aunado al análisis que la Corte Interamericana efectúa en relación con los grupos en posición de desventaja y de los deberes positivos que le competen al Estado frente a ellos, quizá de las cuestiones más destacables dentro de este caso es que la Corte asumió que los hechos que dieron lugar al pronunciamiento debían analizarse a la luz del *corpus juris* internacional, para lo cual hizo remisión a lo establecido en la Convención Internacional en materia de discapacidad, destacando la nueva dimensión de los derechos en el marco del modelo social.

1.1.2. Algunos apuntes sobre la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad¹⁵⁰

La *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*¹⁵¹ fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 1999 y se constituye en el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en materia de discapacidad.

El artículo 1.1 de la Convención define la discapacidad como aquella “deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Asimismo, la Convención define la discriminación por discapacidad como

toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales (Art. 1. 2.a).

En este mismo artículo se dispone que no constituyen discriminación las medidas de interdicción —siempre que sean necesarias y se adopten en beneficio de las personas en situación de discapacidad— ni las distinciones que realiza el Estado a fin de promover la integración social de aquellas, siempre y cuando dicha preferencia no suponga en sí misma una limitación al derecho de igualdad de estas personas (1.2.b).

En la primera parte del texto se plasman los objetivos generales de la Convención —prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad a fin de propiciar su plena integración en la sociedad— (Art. 2º) y se fijan las estrategias que deben adoptar los Estados para dar cumplimiento a dichos objetivos (Art.3º).

¹⁵⁰ El Estado colombiano ratificó la Convención el 11 de febrero de 2004.

¹⁵¹ Documento accesible en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html.

De la lectura del documento se infiere que las *medidas de prevención* se encaminan a fortalecer dos campos de acción específicos: el área de la salud y el área de educación en derechos. Así pues, en virtud del artículo 3.2 de la Convención, los Estados signatarios deben adoptar las medidas necesarias para facilitar la detección temprana, el tratamiento, la rehabilitación y la prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles con el fin de asegurar una mejor calidad de vida y un nivel óptimo de independencia de las personas en situación de discapacidad. También se establece que los Estados deberán promover campañas de educación y sensibilización social a fin de “eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad” (Art. 3.2.c).

Por otra parte, se establece que las *medidas contra la discriminación* están orientadas a promover las condiciones de acceso para favorecer la integración social de las personas en situación de discapacidad. Así pues, desde la Convención se dispone que, para dar cumplimiento a los objetivos señalados, se deberán adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo o de cualquier otra índole que se encaminen a remover los obstáculos y a eliminar las prácticas discriminatorias que afectan a este colectivo de personas (Art. 3.1).

En virtud de este instrumento, los Estados Partes se comprometen a facilitar las condiciones de acceso a los bienes, servicios, programas y actividades —tales como empleo, vivienda, educación, deporte, acceso a la justicia, entre otros—, y asimismo se obligan a remover, en la medida de sus posibilidades, las barreras y obstáculos que dificultan el acceso a las construcciones, edificaciones, transporte, medios de información etc., a fin de dar cumplimiento a los objetivos de la Convención (Art. 3.1.a).

Por otra parte, se dispone que los Estados deberán promover la participación de representantes de organizaciones de personas en situación de discapacidad en la elaboración, ejecución y evaluación de proyectos y programas para aplicar la presente Convención, y deberán crear canales de comunicación eficaces que permitan difundir los avances normativos y jurídicos que se logren en esta materia (Art. 5°).

Finalmente, para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en la Convención se dispone la creación de un Comité de seguimiento¹⁵², que estará encargado de recibir los informes de los Estados y de hacer las observaciones pertinentes¹⁵³. Dichos informes deberán presentarse cada cuatro años y tendrán que incluir las medidas estatales adoptadas para cumplir con los objetivos de la Convención, los logros alcanzados en esta materia y las dificultades para implementar y aplicar el mencionado instrumento de derechos humanos (Art. 6°).

Sin lugar a dudas, la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* supone un avance importante en materia de protección de derechos humanos dentro de esta zona del hemisferio. En virtud de dicho documento, los Estados asumen el firme compromiso de trabajar en la prevención de las distintas formas de discapacidad prevenibles, y de adoptar las medidas que sean necesarias (de carácter legislativo, social, educativo, etc.) para lograr el desmantelamiento de las prácticas discriminatorias que afectan a las personas en situación de discapacidad.

Ahora bien: como se concibe que la discriminación puede provenir tanto de una acción como de una omisión por parte las autoridades, se exige a los Estados que asuman un rol proactivo a fin de facilitar la integración social de las personas en situación de discapacidad. Así pues, con la ratificación de este instrumento el deber que asume el Estado “(...) no se circunscribirá únicamente a la omisión de adoptar medidas de tipo discriminatorio, sino que se extenderá a la obligación de adoptar las acciones positivas que tiendan a eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” (Martín, 2007, p. 139).

¹⁵² El 28 de febrero de 2007 se realizó en la ciudad de Panamá la Primera Reunión del *Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. En cumplimiento de lo dispuesto en la Convención, los Estados-Parte pusieron a disposición del Comité su informe inicial sobre los progresos en la aplicación del mencionado instrumento convencional. El primer informe de cumplimiento por cada uno de los países puede encontrarse en el siguiente vínculo: http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_informes.asp.

¹⁵³ En su informe inicial, Colombia, a través de la normativa expedida internamente da cuenta que los avances que presenta el Estado en materia de discapacidad. En la Segunda Reunión del Comité, celebrada el 26 de abril de 2010, se recomienda a Colombia anexar, junto con la normativa expedida, información real de la situación actual, mediante datos estadísticos fiables y recogidos de manera adecuada, de los que se carecía, según el Comité.

No obstante los avances en cuanto a reconocimiento de derechos, es un documento que no deja de plantear algunas inquietudes¹⁵⁴, que se esbozan a continuación:

i) Pese a que la Convención admite que la discapacidad es *una situación que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social*, termina por asumir que aquella es una limitación a la capacidad para ejercer una o más actividades de la vida cotidiana, que puede ser de naturaleza permanente o temporal y que tiene su origen en las características individuales de las personas (deficiencia física, mental o sensorial).

ii) La Convención asume que la interdicción es un procedimiento adecuado¹⁵⁵, no obligatorio pero sí necesario, para garantizar los derechos del grupo en mención.

iii) De la lectura del documento se infiere que el principal objetivo que se persigue con la firma de este tratado es la plena integración social de las personas en situación de discapacidad a fin de promover su participación en los distintos programas y actividades de la vida diaria, lo que se logra, por un lado, a través del fortalecimiento del sistema de

¹⁵⁴ Para Courtis (2007, p. 83), este instrumento tiene carácter híbrido pues “mientras declara ser un instrumento antidiscriminatorio, poco avanza en este sentido, más allá de adoptar una definición al respecto”.

¹⁵⁵ En la primera reunión extraordinaria del Comité de seguimiento de la Convención Interamericana sobre discapacidad, celebrada los días 4 y 5 de mayo de 2011, se aprobó la Primera Observación General relacionada con la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, a la luz de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A través de dicha Observación, se conmina a los Estados partes a que efectúen un estudio de la legislación interna en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica, no sólo artículo por artículo, sino principalmente en su significado integral como *corpus iuris* del derecho internacional, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con los intereses de las personas en situación de discapacidad, en el marco de la Convención de la ONU. A juicio del Comité el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica reviste capital importancia, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos del grupo en mención. De ese modo, el Comité concibe que la figura de la interdicción, tal como está concebida, comporta una discriminación para las personas con discapacidad. Para el Comité, considerar la discapacidad como un fenómeno social, tal como lo hace la Convención de la ONU, implica abandonar las definiciones de carácter médico únicamente, las cuales han estado constantemente articuladas según el tipo de deficiencia. Así pues, el Comité aboga por un modelo de representación que no tenga que ver con la insania o la interdicción de modo que pueda ser asemejado al de cualquier otra persona. Que en ese sentido, los Estados deberán introducir los cambios necesarios para garantizar su conformidad con la Convención de la ONU, en los planos normativo y operativo, toda vez que no basta con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, entre otros. El Comité advierte, que en contraposición al respeto al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se halla el ‘asistencialismo’, que se caracteriza por la acción de quienes asumen la representación de otros a los que no consultan ni hacen partícipes, simplemente lo sustituyen, asumiendo que pueden decidir sobre sus deseos, elecciones e intereses. A juicio del Comité, lo que la Convención de la ONU exige es que el apoyo se proporcione con respeto y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad. Asimismo, advierte que el apoyo adecuado es el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno para propiciar el acceso y la inclusión activa al interior de la sociedad.

seguridad social, y por el otro mediante la adopción de medidas antidiscriminatorias. Pese a los aciertos de este planteamiento, en la Convención no se formulan medidas concretas encaminadas al reconocimiento y a la tutela de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Es de anotar que este instrumento no incorpora un catálogo de derechos.

iv) Si bien la Convención es un documento de carácter vinculante, no fija obligaciones específicas a los Estados sino que establece deberes cuyo contenido es genérico e indeterminado (mandatos programáticos), con lo cual el cumplimiento de los compromisos asumidos queda supeditado a las posibilidades fácticas y a las condiciones internas de cada uno de los países.

v) Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones convencionales no se tiene previsto el mecanismo de *peticiones individuales* ante los órganos del sistema. Pues bien: a pesar de que el Comité cuenta con la facultad de interpretación de las normas del tratado que tutela y que la presentación de *informes periódicos* ante el mismo se constituye en un importante dispositivo de seguimiento, puede resultar insuficiente a la hora de resolver cuestiones específicas en materia de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

1.2. Análisis de la normatividad sobre discapacidad en el marco del Sistema Universal de protección de derechos humanos. Una mirada a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)

Tal como ocurre en el sistema regional, en el Sistema Universal de Derechos Humanos se ha dado impulso a los derechos de las personas en situación de discapacidad a través de la aplicación e interpretación de los instrumentos generales del sistema¹⁵⁶. Incluso desde

¹⁵⁶ Al respecto puede verse la Observación General No. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de Naciones Unidas, septiembre 12 de 1994. En este documento se expresa que los Estados Parte, en la medida de sus posibilidades, deberán adoptar las políticas apropiadas para conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad de todas las personas dentro de la sociedad. Que tratándose de personas en situación de discapacidad, se deberá además adoptar las medidas necesarias para reducir las desventajas estructurales y para lograr que este colectivo de personas supere los inconvenientes derivados de su condición, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto. Asimismo se dispone, que pese a que el Pacto (DESC) no se refiere explícitamente a personas en situación de discapacidad, no obstante la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos, y que en ese sentido, las disposiciones del Pacto también le son aplicables a este colectivo de personas (Párrafos 5 a 9).

antes de suscribirse la Convención Internacional¹⁵⁷, el Sistema Universal ya contaba con un amplio desarrollo normativo y doctrinal sobre el tema de la discapacidad. Entonces, al lado del marco regulatorio en materia de igualdad y no discriminación¹⁵⁸ existe también un cuerpo normativo sobre discapacidad, del cual se sirven los órganos del sistema para dar concreción a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados dentro de esta temática específica.

1.2.1. Normatividad relevante expedida antes de la CDPD

En las últimas décadas, han sido diversos los documentos que se han elaborado en el seno de las Naciones Unidas en materia de discapacidad. A continuación, se hará breve referencia —en orden cronológico— de los textos normativos que han tenido una mayor relevancia dentro de este ámbito de protección y que antecedieron la firma de la Convención.

- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2856 del 20 de diciembre de 1971

Mediante esta declaración se fijan algunos criterios para orientar las medidas de protección a favor de este colectivo de personas, tanto en el plano nacional como en el internacional. Este instrumento se elaboró sobre la idea de que “el retrasado mental deberá gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos”.

¹⁵⁷ La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006.

¹⁵⁸ Baste con mencionar que la Declaración Universal de Derecho Humanos (1948), dispone en su artículo 1º que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y más adelante establece, que “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (Art. 7º). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) consagra en su artículo 3º, que los Estados signatarios se comprometen a “...garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. De manera similar, el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (1966) preceptúa, que los Estados-Parte “...se comprometen a asegurar a los hombres y mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto” (Art. 3º).

En dicho documento se pone de manifiesto el derecho que asiste a este colectivo de personas de recibir capacitación, educación, rehabilitación, atención médica y tratamiento físico, así como la orientación necesaria que les permita a estas personas desarrollar al máximo sus capacidades. Asimismo, se establece que aquellas deberán residir con su familia o dado el caso en un hogar sustituto, donde deberán recibir asistencia especializada. Se dispone que en caso de que sea necesaria su internación, las condiciones de vida dentro de tal institución deberán asimilarse, en la medida de lo posible, a las de la vida normal.

Por otra parte se establece que este grupo de personas deberá contar con la asistencia de un tutor cuando ello resulte necesario para la protección de su persona y sus bienes.

Finalmente, se dispone que

si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso¹⁵⁹.

- Declaración de los derechos de los impedidos. Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975

De acuerdo con esta declaración, el término *impedido* designa a “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”¹⁶⁰.

En este documento se dispone que las “personas impedidas” tendrán derecho al respeto de su dignidad humana y al reconocimiento de sus derechos fundamentales, en las mismas condiciones que los demás seres humanos. En virtud de él, las personas que se encuentren en la situación descrita tendrán derecho a que se adopten medidas tendentes a conferirles una mayor autonomía; asimismo tendrán derecho al reconocimiento de los derechos civiles

¹⁵⁹ Declaración de los derechos del retrasado mental, Disposición Séptima (7°), Organización de las Naciones Unidas.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, disposición Primera (1°).

y políticos, a la seguridad económica y social, a recibir atención médica, psicológica y funcional, a la readaptación médica y social, a obtener y a conservar un empleo, a formar parte de organizaciones sindicales y en general a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de planificación social y económica.

Asimismo se dispone que deberán observarse las reglas del debido proceso en las causas judiciales en las que sean parte las personas impedidas, quienes además tendrán derecho a la asistencia letrada para la protección de su persona y sus bienes. Así también se pone de presente en dicho documento que “el impedido debe ser protegido contra toda explotación, toda reglamentación o todo trato discriminatorio, abusivo o degradante”¹⁶¹.

- Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 37/52 del 3 de diciembre de 1982

A través de este programa se definen políticas y estrategias de intervención orientadas a la prevención y rehabilitación de la discapacidad para el logro de los objetivos de igualdad y plena participación de este colectivo de personas¹⁶². En virtud de dicho documento se concibe que gran parte de las deficiencias pueden prevenirse en tanto se adopten oportunamente aquellas medidas que directamente apunten a evitar las causas que las originan (nutrición deficiente, problemas derivados del consumo de agua insalubre, contaminación ambiental, accidentes de tránsito, etc.).

De otra parte, se concibe “la rehabilitación” como un proceso que consiste en promover la participación de las personas con deficiencias en las actividades habituales de la comunidad a fin de facilitar su integración en la sociedad. Dicho proceso suele incluir tratamientos médicos, capacitación en actividades de autocuidado, atención médica, suministro de ayudas técnicas y de movilidad, seguimiento, etc. Asimismo se dispone que dentro del proceso de rehabilitación es necesario adoptar medidas encaminadas a detectar tempranamente los síntomas de la deficiencia, seguidas inmediatamente de las medidas

¹⁶¹ *Ibid.*, Disposición Décima (10°).

¹⁶² Según Courtis (2007, pp. 72 y ss.), con la adopción de este instrumento empieza a vislumbrarse un cambio de enfoque en cuanto al tratamiento normativo de la discapacidad, en virtud de los objetivos sobre el cual se sustenta el mismo (plena inclusión social, vida independiente y erradicación de barreras a la participación).

curativas adecuadas para evitar la discapacidad o al menos para atenuar su gravedad, procurando al máximo que se convierta en una situación permanente. Este proceso deberá acompañarse, además, de programas de educación y orientación tanto para las familias como para el servicio médico.

Paralelamente a lo anterior, se pone de presente que las medidas de prevención y rehabilitación no serán suficientes para alcanzar los objetivos de igualdad y plena participación de las personas en situación de discapacidad si se pasa por alto que en muchas ocasiones es el mismo medio el que determina el efecto de una deficiencia o discapacidad sobre la vida cotidiana de las personas.

Se concibe, entonces, que una persona puede verse abocada a la minusvalía cuando se le coartan las oportunidades de que dispone la población en general y que son necesarias para el desarrollo de los aspectos fundamentales de su existencia, que incluyen la vida en familia, la educación, el empleo, la vivienda, las actividades religiosas, el acceso a instalaciones públicas, etc., para lo cual se hace necesario que se adopten las medidas y se destinen los recursos suficientes para garantizar *una oportunidad igual de participación a cada individuo*; en últimas, para garantizar el principio de igualdad de derechos entre personas con y sin discapacidad.

- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991

De conformidad con este instrumento, toda persona que padezca una enfermedad mental o que esté siendo atendida por esta causa, deberá ser tratada con dignidad y humanidad; asimismo deberá estar protegida contra toda forma de explotación y no podrá estar sometida a tratos degradantes o inhumanos, con lo cual se prohíbe toda forma de discriminación por motivo de enfermedad mental. En caso tal que dichas personas no puedan ocuparse de sus propios asuntos y no cuenten con los recursos suficientes, tendrán derecho a estar representadas por un defensor de oficio a fin de asegurar la protección de sus intereses. De la misma manera, se dispone que estas personas deberán tener la posibilidad de ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y

culturales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Principio 1°).

De acuerdo con esta normativa, toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho, en la medida de lo posible, a trabajar y a vivir en comunidad (Principio 3°). Así, también se dispone que la determinación de una enfermedad mental deberá estar formulada con arreglo a las normas médicas internacionalmente aceptadas y no podrá fundarse en cuestiones religiosas, sociales, culturales o de cualquier otra índole (Principio 4°).

En cuanto al tratamiento y a la atención médica, este documento dispone que todo paciente tendrá derecho a un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales (Principio 7°); tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud (Principio 8°); y tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo y alterador posible, que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceras personas (Principio 9°).

Asimismo se dispone que cualquier tratamiento médico requerirá el consentimiento previo por parte del paciente, salvo en los siguientes eventos: i) que se trate de un paciente involuntario o que se encuentre incapacitado para dar su consentimiento; ii) que se trate de un paciente a quien se le haya asignado representante personal facultado legalmente para otorgar su consentimiento; iii) o cuando se determine que el tratamiento sea urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas (Principio 11°).

Finalmente, se establece que todo paciente de una institución psiquiátrica merece pleno respeto, específicamente en lo que se refiere a su reconocimiento como persona ante la ley, a su vida privada, a sus convicciones religiosas y a su libertad de comunicación, lo que incluye entre otras cosas la libertad de comunicarse con otras personas que estén dentro de la misma institución, la libertad de recibir visitas, y la libertad de enviar y de recibir comunicaciones privadas sin ningún tipo de censura (Principio 13°).

- Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993

Las *Normas Uniformes* son un instrumento que sirve para la formulación de políticas públicas y para la cooperación internacional, y representa el firme compromiso de los gobiernos de adoptar medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas en situación de discapacidad (Preámbulo).

En este documento se deja por sentado que los Estados deberán iniciar campañas para crear conciencia al interior de la comunidad acerca de las necesidades y contribuciones de las personas en situación de discapacidad, al tiempo que se llama la atención a los poderes públicos estatales para que fomenten programas de difusión respecto de los derechos que les corresponden a estas personas en calidad de ciudadanos. También se dispone que los Estados deberán velar porque los programas de educación pública reflejen en todos sus componentes el Principio de igualdad y plena participación, y para que las empresas del sector privado incluyan en todas las fases de sus actividades las cuestiones relativas a la discapacidad (Artículo 1°).

En virtud de este documento se insta a los Estados para que tomen las medidas necesarias que permitan a las personas en situación de discapacidad recibir atención médica eficiente y de igual calidad que los demás miembros de la sociedad, y obtener regularmente el tratamiento y los medicamentos necesarios para mantener o aumentar su capacidad funcional (Artículo 2°). Asimismo se hace un llamado a los Estados para que garanticen la prestación de servicios de rehabilitación a fin de que las personas que se encuentran en esta situación logren alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad, para lo cual se hace necesario que los programas nacionales de rehabilitación se basen en el Principio de igualdad de oportunidades y recojan dentro de sus formulaciones las necesidades específicas de dicho colectivo de personas (Artículo 3°).

También se preceptúa en dicho articulado que deberán crearse las condiciones adecuadas para que las personas en situación de discapacidad tengan posibilidades de acceso tanto al medio físico como a la información y a la comunicación (Artículo 5°). Asimismo se establece que deberán adoptarse las medidas para que existan entornos integrados y

asequibles a fin de que se permita a este colectivo de personas el acceso pleno a la educación (Artículo 6º), al empleo (Artículo 7º) y a la seguridad social (Artículo 8º).

Conforme a lo que establece esta normativa, los Estados deberán crear las condiciones para que las personas en situación de discapacidad puedan participar activamente en las actividades religiosas de sus comunidades (Artículo 12º). Así, también se establece que los Estados deberán adoptar las medidas suficientes para promover la plena participación de estas personas en la vida en familia (Artículo 9º), en las actividades culturales (Artículo 10º), y en las actividades recreativas y deportivas (Artículo 11º), todo en condiciones de igualdad.

Indudablemente, en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos estos documentos han representado —y algunos de ellos representan aún— una sólida y recurrida guía interpretativa en cuestión de discapacidad. Pese que se trata de normas del *soft law*, han tenido un notable impacto en materia de protección de los derechos de este colectivo de personas. Como puede observarse, algunos de estos textos parten de un enfoque meramente asistencialista (como es el caso de la *Declaración de los derechos de los impedidos*). Otros van mucho más allá y recogen dentro de sus formulaciones el Principio de igualdad de oportunidades y el de accesibilidad universal (como sucede con las *Normas Uniformes*). En todo caso, debido a la evolución del marco conceptual y al replanteamiento de las relaciones entre *sociedad y discapacidad*, parte de esta normativa resulta en la actualidad claramente anacrónica y superada, tal como acontece con algunas de las disposiciones de la *Declaración de los derechos del retrasado mental*.

Antes de pasar al análisis de la Convención Internacional, es importante resaltar el papel que han desarrollado los relatores de las Naciones Unidas en materia de discapacidad. Para no exceder el propósito de este escrito, basta con señalar que el Relator Especial para la vigilancia de la aplicación de las *Normas Uniformes*, mediante Informe de noviembre 30 de 2004¹⁶³ presentó algunas observaciones ante la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de la ONU, entre las que se destaca que la ejecución de programas de sensibilización social podría llegar a tener un efecto determinante en la

¹⁶³ Documento accesible en www.un.org/spanish/esa/social/disabled/spec_rapport.htm

reducción de gran parte de los comportamientos y actitudes que generan discapacidades (párrafo 95).

De igual manera, en dicho informe se pone de presente que la igualdad de oportunidades no solo es una forma de hacer frente a sistemas sociales injustos y de promover la solución no violenta a los conflictos (párrafo 100), sino que también es una manera de garantizar la plena participación de los grupos marginados en todos los aspectos de la vida humana (párrafo 101). Asimismo, a través de este documento se exhorta a los gobiernos para que promuevan legislación tendente a favorecer la inclusión de las personas en situación de discapacidad en el área de la salud y la educación, lo que debe acompañarse de medidas que garanticen todas las formas de accesibilidad posibles (párrafo 112).

Ahora bien, comoquiera que la discapacidad es un tema que resulta transversal dentro del campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también es importante resaltar la presentación del Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Educación, fechado el 6 de noviembre de 2009, donde da cuenta de los inconvenientes que afrontan los jóvenes en situación de discapacidad para acceder a la educación en los países latinoamericanos.

En dicha intervención se pone de relieve que el sistema educativo en la región no está diseñado para albergar a estudiantes en situación de discapacidad. Asimismo se indica que apenas un 5 % de los niños que se encuentran en esta situación, la mayoría de los cuales vive en países en vía de desarrollo, logra terminar la educación primaria; que incluso aquellos jóvenes que logran asistir a la escuela tienen que afrontar serias condiciones de adversidad debido a los prejuicios y estereotipos sociales, lo que claramente afecta su proceso de aprendizaje y les impide avanzar en condiciones de igualdad con los demás; y que como el sistema no está pensado para brindar educación a las personas en situación de discapacidad, la segregación de estas personas en instituciones especiales es la salida más común.

En dicha presentación, el Relator expresó su preocupación por la ausencia de una educación basada en derechos y exhortó a los Estados para que

(...) desarrollen indicadores que permitan conocer las necesidades de la población con discapacidad; que se armonice la legislación doméstica con la normativa internacional,

ratificando las dos convenciones sobre los derechos de las personas con discapacidad (Interamericana y Naciones Unidas); que se profundice en la formación y capacitación docente y que se garantice el financiamiento para avanzar en el desarrollo de la educación inclusiva¹⁶⁴.

1.2.2. La CDPD: una construcción normativa sobre la base del modelo social de la discapacidad

En el seno de las Naciones Unidas, en el mes de diciembre de 2006, se aprobó la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*¹⁶⁵. Se trata de un documento de carácter vinculante que refleja la disposición por parte de los Estados de asumir compromisos al interior de sus legislaciones a fin de promover las condiciones necesarias para dar pleno reconocimiento a los derechos de las personas en situación de discapacidad¹⁶⁶.

Sin lugar a dudas, la Convención comporta

(...) importantes consecuencias para las personas con discapacidad, contando entre las principales la “visibilidad” de este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas (Palacios, 2008, p. 236).

Courtis destaca que la Convención mantiene cierto compromiso entre el modelo médico (deficiencias) y el modelo social (barreras a la participación) en lo que se refiere a la concepción de “personas con discapacidad”, sin evidenciar, pues, en este aspecto, grandes avances respecto de los instrumentos anteriores. Sin embargo, señala que “tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son claramente tributarias del modelo social” (Courtis, 2007, p. 73).

¹⁶⁴ Intervención de Vernor Muñoz, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Noviembre 6 de 2009. Accesible en www.crin.org/resources/infodetail.asp?id=21240

¹⁶⁵ La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹⁶⁶ Colombia ratificó la Convención en mayo de 2011. A septiembre de 2016 no había ratificado aún el Protocolo Facultativo.

1.2.2.1. Principios, derechos y garantías

El propósito estelar de la Convención es “promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Artículo 1º).

La Convención reconoce que la discapacidad es un fenómeno abierto y complejo, que comporta situaciones de diversa naturaleza. Por esa razón, este instrumento no define expresamente qué es la “discapacidad” ni tampoco hace mención expresa a su tipología, sino que simplemente fija unos lineamientos que permiten identificar cuándo una persona se enfrenta a esta situación, en virtud de las barreras. Bajo ese entendido, la Convención dispone que

las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Art. 2º).

Asimismo, se establece que la discriminación por razón de discapacidad comporta

(...) cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables (Art. 2º).

Para dar cumplimiento a los objetivos de la Convención, los Estados signatarios se comprometen, con carácter general, a adoptar las políticas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; a tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas y administrativas, para modificar o derogar leyes, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas en situación de discapacidad; y a incorporar en todos los planes y programas estatales la perspectiva de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. También se

dispone que, sin perjuicio de las obligaciones adquiridas en virtud de este instrumento y que tienen aplicación inmediata conforme a las normas del Derecho Internacional, los Estados asumen el compromiso de adoptar todas las medidas que estén a su alcance, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr de manera progresiva el pleno ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales (Art. 4°).

Dentro de los principios que inspiran la Convención se encuentran, entre otros, el Principio de la dignidad humana y la autonomía individual; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; el Principio de igualdad y no discriminación; y el Principio de accesibilidad (Art. 3°).

Tal como se dejara anotado en la primera parte de este escrito, *la dignidad* es un valor intrínseco al ser humano y comporta la posibilidad que tiene de determinarse conforme a su propio arbitrio y de elegir libremente un proyecto moral de vida (*autonomía individual*).

El respeto por *la diferencia* y aceptación de la *diversidad* no solo parte de la valoración positiva de la identidad de las personas que integran el colectivo, sino también del reconocimiento de las distintas realidades que se asocian a la discapacidad, como lo son el género (Art. 6°), y la infancia y adolescencia (Art. 7°).

Este principio, a su vez, tiene dos dimensiones: por un lado hace referencia al aporte de las personas con discapacidad a la sociedad. Por otro lado, traduce las necesidades y exigencias del colectivo en mención, según las condiciones sociales y económicas, y los tipos de discapacidad (Courtis, 2007, p. 75).

El *Principio de igualdad y no discriminación* parte del reconocimiento de que “todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna” (Art. 5.1). La materialización de este principio está supeditada a la realización de *ajustes razonables* (Art. 5.3), cuando haya lugar a ellos.

Por su parte, la *accesibilidad* es la característica que debe cumplir el entorno social para hacer viable el disfrute universal de los derechos. En términos de la Convención, es la

condición necesaria para que las personas en situación de discapacidad “puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida” (Art. 9º). En virtud de ello, los Estados asumen la obligación de adoptar las medidas pertinentes

para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (Art. 9.1).

Dichas medidas incluyen la identificación y remoción de las barreras de acceso y obstáculos, y tendrán aplicación en la construcción de edificios, vías públicas, viviendas, lugares de trabajo, escuelas, instalaciones médicas, entre otros (Art. 9.1.1). La accesibilidad presupone que los entornos, productos y servicios estén diseñados de tal manera que puedan ser utilizados por todas las personas, sin que se requieran adaptaciones especiales. Es lo que se conoce como el *diseño universal* y está contemplado en el artículo 2º de la Convención.

La accesibilidad universal suele definirse desde una dimensión objetiva y otra subjetiva. De acuerdo con la dimensión objetiva,

el contenido (...) de la accesibilidad se encontrará directamente condicionado por la configuración jurídica que adoptemos, y ello a su vez por los ámbitos de aplicación en los cuales se proyecte el derecho. Por ello, al igual que ocurre con el concepto de discapacidad, y en coherencia con el discurso de los derechos y de sus valores, entendemos que debe manejarse una noción de accesibilidad que tenga un ámbito de proyección lo más amplio posible (De Asís *et al.*, 2007, p. 68).

De acuerdo con la dimensión subjetiva, la accesibilidad se desarrolla a partir de las consideraciones mencionadas en acápites anteriores sobre la existencia de un parámetro de normalidad que es establecido por los grupos dominantes. Dicho parámetro crea unas barreras para unos grupos determinados, a lo que responde la accesibilidad desde dos perspectivas: la primera de ellas se basa en el modelo médico; de ahí que “las principales respuestas frente a las dificultades derivadas de la falta de accesibilidad se asumían desde el entorno construido (...) introduciendo soluciones específicas para paliar las dificultades

de un grupo de personas que se consideraba ‘no estándar’” (De Asís et al., 2007, p. 65). Esto traía como consecuencia que se reforzara la idea de anormalidad y de seres humanos anormales, lo que a su vez conllevaba una agravación en la estigmatización y segregación por razón de su condición (De Asís et al., 2007, p. 65).

La segunda perspectiva se basa en el modelo social y aborda

el problema de la “falta de” accesibilidad —nótese que el problema ya no es la accesibilidad, sino su carencia— deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas.” (De Asís et al., 2007, p. 65).

La principal consecuencia que se desprende de esta perspectiva es que el concepto de normalidad debe replantearse para así poder garantizar que el entorno y las necesidades sociales se piensen en clave de generalidad (De Asís et al., 2007, p. 65).

La dimensión subjetiva de la accesibilidad determina, entonces, que los beneficiarios de la accesibilidad, en últimas, somos todos los integrantes del colectivo social, porque en algún momento todo ser humano requiere de la accesibilidad, bien sea para la prestación de un servicio, para el uso de un bien o para comunicarse con los demás (De Asís et al., 2007, p. 66).

En suma, la existencia de un entorno accesible “permite que todas las personas puedan llevar una vida autónoma, participando en la vida social, con el consiguiente ahorro de dinero público en gastos de asistencia y, en ciertos casos, de protección social.” (De Asís et al., 2007, p. 66).

Ahora bien, para lograr la accesibilidad universal es menester recurrir en ocasiones a los ajustes razonables, que son

esas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de ciertas personas, que por diferentes causas, se encuentran en una situación

especial. Estas medidas tienden a facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto (De Asís et al., 2007, p. 73).

En virtud de la Convención, los ajustes razonables son aquellas adaptaciones que resultan indispensables, en un caso particular, para garantizar a las personas en situación de discapacidad el disfrute de los derechos y de las libertades fundamentales, siempre que dichas modificaciones no impongan una carga desproporcionada o excesiva para quien deba realizarlas (Art. 2º).

Los ajustes razonables son medidas específicas que persiguen la accesibilidad para casos particulares, en los que no ha sido posible lograr la accesibilidad universal a partir del diseño para todos. De lo anterior se deduce que los ajustes razonables surgen de las necesidades concretas de una persona con discapacidad que ha sido excluida o limitada por la inaccesibilidad de su entorno (De Asís et al., 2007, p. 75).

Junto con los principios, la Convención también incorpora un catálogo de derechos. A grandes rasgos, se dispone que los Estados deberán adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar a las personas en situación de discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás, el derecho a la vida (Art. 10º), el derecho a la personalidad jurídica (Art. 12º), el derecho al acceso a la justicia (Art. 13º), el derecho a la libertad personal (Art. 14º), el derecho a la integridad personal (Art. 17º), el derecho a la libertad de desplazamiento y nacionalidad (Art. 18º), el derecho a vivir de forma independiente (Art. 19º), el derecho a la movilidad personal (Art. 20º), el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de acceso a la información (Art. 21º)¹⁶⁷, el derecho a la intimidad (Art. 22º), el derecho a la educación (Art. 24º), el derecho de protección a la salud (Art. 25º), el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social (Art. 28º), los derechos de participación política y pública (Art. 29º), y el derecho de participación en la vida cultural y recreativa (Art. 30º).

Asimismo, se establece que los Estados deberán tomar las medidas pertinentes para proteger a este colectivo de personas contra toda forma explotación, violencia y abuso

¹⁶⁷ En relación con el acceso a la información, Miguel Ángel Ramiro (2011, p. 284) ha expresado que el artículo 21 de la CDPD obliga a “establecer formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información, realizando en su caso todos aquellos ajustes razonables que sean necesarios y adecuados para lograr un consentimiento válido”.

(Art. 16°), y contra todo trato que resulte degradante, cruel e inhumano (Art. 15°); asimismo, se dispone que deberá brindarse atención especial a estas personas en caso de que se presenten situaciones de riesgo y emergencia (Art. 11°).

En materia de habilitación y rehabilitación de las personas en situación de discapacidad, el artículo 26° de la Convención impone a los Estados la obligación de adoptar las políticas adecuadas para que consigan el mayor grado de autonomía y alcancen el máximo desarrollo posible de sus capacidades (física, mental, social y vocacional), a fin de promover su inclusión e integración plena en todos los aspectos de la vida. Para tal propósito, se dispone que deberán ponerse en marcha servicios y programas generales de rehabilitación —especialmente en las áreas de la salud, empleo y educación— teniendo siempre de presente las necesidades y capacidades de este colectivo de personas (26.1).

Con el fin de dar plena observancia a los objetivos convencionales, se exige a los Estados Partes la recopilación y sistematización de la información pertinente, incluidos datos estadísticos, que les permita formular y aplicar dentro de sus respectivos ordenamientos, de la manera más adecuada y efectiva posible, las políticas y estrategias en materia de discapacidad, sin perjuicio de las medidas que deban adoptarse a fin de proteger la privacidad e intimidad de las personas en situación de discapacidad (Art. 31°).

Finalmente, para dar seguimiento a los compromisos adquiridos conforme a la Convención, se dispone la creación del *Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad*¹⁶⁸ (Art. 34°). Así pues, en virtud de este instrumento de derechos humanos, los Estados Partes se obligan a presentar ante dicho Comité informes periódicos a través de los cuales darán cuenta de los progresos alcanzados y de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las disposiciones convencionales (Art 35°). El Comité podrá hacer las sugerencias y recomendaciones que considere oportunas y solicitar a los Estados información adicional respecto a la aplicación de la Convención (Art. 36)¹⁶⁹.

¹⁶⁸ El Comité ya entró en funcionamiento y su primera reunión se llevó a cabo el 23 de febrero de 2009.

¹⁶⁹ El pasado 31 de agosto de 2016, el Comité presentó las recomendaciones al informe inicial presentado por Colombia. El dicho documento destacó, entre otras cosas, su preocupación por la legislación y jurisprudencia referente a institucionalización y esterilización por motivo de discapacidad; así como también sobre el régimen de capacidad jurídica, el cual, a juicio del Comité, no se adapta a la CDPD.

Al lado del anterior instrumento, se suscribió el *Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, que reconoce la competencia del precitado Comité para recibir y considerar comunicaciones de personas consideradas individualmente o de grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado que sea parte de este protocolo, y que aleguen ser víctimas de la vulneración de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención (Art. 1º). El artículo 4º del Protocolo facultativo establece que una vez recibida la comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre el fondo del asunto, el Comité podrá remitir una solicitud al Estado interesado para que adopte las medidas provisionales a fin de evitar perjuicios irremediables.

De otra parte, se dispone que el Comité evaluará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba y efectuará las recomendaciones a que haya lugar (Art. 5º). Asimismo, se faculta a dicho órgano para que realice visitas a los Estados cuando exista información fidedigna que dé cuenta de violaciones graves y sistemáticas de los derechos recogidos en la Convención, siempre que medie autorización por parte del Estado interesado (Art. 6º).

En suma, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* junto con su *Protocolo Facultativo* conforman en la actualidad el cuerpo normativo más acabado en materia de protección de los derechos de este colectivo de personas. Sin lugar a dudas, el enfoque axiológico sobre el que este instrumento de derechos humanos basa sus lineamientos resulta paradigmático. Esto por cuanto se reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias, y las barreras físicas y conductuales que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás. Así pues, se parte del supuesto de que las limitaciones que afrontan las personas en situación de discapacidad, en los diversos ámbitos de su vida, no derivan propiamente de circunstancias personales sino de la forma como se ha ido construyendo el entorno social.

Ciertamente, esta normativa resulta acorde con el *modelo social de la discapacidad*. Pese a que este instrumento convencional mantiene componentes del antiguo esquema rehabilitador, se aparta diametralmente de su postura ideológica inicial. En esa línea, la Convención asume que las restricciones y dificultades de accesibilidad que afectan

directamente el desarrollo de los derechos de las personas en situación de discapacidad son producto de las trabas y obstáculos que la misma sociedad les impone.

Por esa razón, en virtud de este tratado internacional los Estados signatarios se obligan a adaptar la infraestructura (edificaciones, vías, bienes, servicios, sistemas de información, comunicaciones, etc.) a las necesidades de acceso de las personas en situación de discapacidad. En consecuencia,

si desde la Convención se asume que la discapacidad es un fenómeno complejo, que está integrado por factores sociales, que se traduce en barreras, la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad (Palacios y Bariffi, 2007, p. 84).

Entonces, a partir de este planteamiento puede concebirse que una deficiencia solo se transforma en discapacidad cuando el mismo entorno social dificulta el goce efectivo de los derechos.

Uno de los aspectos más significativos que presenta esta nueva normativa es que exige incorporar el componente de la *no discriminación* como elemento de transversalidad en el diseño de políticas públicas estatales, con lo cual se obliga a los Estados Partes a brindar igual protección a todas las personas sin excepción alguna y a prohibir toda conducta discriminatoria por motivos de discapacidad.

La Convención no solo señala pautas generales de dirección sino que impone obligaciones específicas a los Estados. Basta con señalar que, de acuerdo con el artículo 27° de la Convención —que trata sobre el derecho al trabajo—, los Estados Partes se comprometen a emplear a personas en situación de discapacidad dentro del sector público y a realizar ajustes razonables en los lugares de trabajo, todo con el fin de promover la inserción laboral de este colectivo de personas en condiciones de igualdad.

Es de anotar que, salvo el Derecho a la Movilidad Personal —enunciado en el artículo 20° de la Convención—¹⁷⁰, este instrumento no crea nuevos derechos sino que expresa los ya

¹⁷⁰ “Art. 20. Los Estado Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

existentes de tal manera que atiende las necesidades de este colectivo de personas. En dicho sentido, este documento no conlleva la formulación de nuevas exigencias éticas de dignidad como sí la codificación de nuevas y avanzadas medidas de protección (por ejemplo, establece el mecanismo de comunicaciones individuales ante el Comité de seguimiento) a fin de garantizar a las personas en situación de discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos, que históricamente les han sido vedados.

1.2.2.2. La protección de la capacidad jurídica en la CDPD. El modelo de apoyo para la toma de decisiones

En su artículo 12, la Convención preceptúa que las personas tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. En virtud de ello, los Estados deberán promover la autonomía e independencia de este grupo de personas y deberán adoptar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo dicho reconocimiento.

De acuerdo a lo establecido por el Comité de seguimiento de la CDPD,

(...) en el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás¹⁷¹.

Este es quizás el mayor desafío que presenta la Convención. Como bien lo señala Agustina Palacios, la capacidad jurídica presupone

-
- a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;
 - b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;
 - c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad;
 - d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad”.

¹⁷¹ Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observación General Sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante la Ley. CRPD/C/11/4. 11º Periodo de Sesiones. 30 de marzo al 11 de abril de 2014, p. 2.

la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también presupone la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). Por ello, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas (Palacios y Bariffi, 2009, p.23).

Tal como se había mencionado en el capítulo anterior, debido a la visión paternalista del poder político —que en un comienzo caracteriza las relaciones entre el Derecho y la sociedad—, el sistema tradicional apunta más hacia un modelo de “sustitución de la voluntad para la toma de las decisiones”. Por el contrario, la Convención asume un planteamiento basado en derechos humanos y aboga por un modelo de apoyo, lo que supone un claro avance hacia el reconocimiento de la autonomía y la dignidad de las personas en situación de discapacidad, en especial de aquellas personas que derivan su discapacidad de una deficiencia psíquica.

Bajo esta nueva mirada

“el principio de protección” pasa a un segundo plano en tema de capacidad de obrar, o al menos se contempla desde otra perspectiva, y entra en juego en primer término el “principio de autonomía” de la persona, así como el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad (García Pons, 2008, p. 49).

En ese sentido, si se parte del modelo social de la discapacidad

(...) que ha inspirado filosóficamente a la Convención, y volviendo a partir desde el propio propósito del instrumento, y los principios y valores recogidos en el artículo 3, como también la columna vertebral de la igualdad, parece no quedar lugar para una institución como la incapacitación dentro de la fórmula de: “igualdad en la capacidad jurídica” (Palacios y Bariffi, 2009, p. 24).

La accesibilidad universal tiene una gran relevancia dentro del modelo social, en especial cuando se hace referencia al ejercicio de la capacidad jurídica. Reconocer la igualdad en la capacidad jurídica frente a las personas con discapacidad implica que se reconozca la accesibilidad en todos los campos que se relacionen con la autonomía, poniendo a

disposición de las personas en situación de discapacidad los apoyos necesarios para que aquellas puedan decidir por sí mismas (Cuenca, 2012a, pp. 72-73).

Con la implementación de la CDPD se pone de presente la necesidad de redefinir la capacidad jurídica, lo que significa que su regulación

no debe partir del establecimiento de las causas que permiten la restricción de la capacidad, sino de un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica (que englobaría la capacidad jurídica y la capacidad de obrar) de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, y de la exigencia de cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica (...)” (Cuenca, 2012a, p. 79).

Como es de esperarse, esta nueva perspectiva de la discapacidad comporta una revisión de las medidas tradicionales para el control y tratamiento de la discapacidad. Así pues, a la luz de esta nueva normativa internacional una medida tal como la internación o la esterilización forzada, o incluso la presunción de interdicción por motivo de discapacidad, que se han pensado a partir de un enfoque puramente asistencialista, resultan discriminatorias.

Respecto a la libre disposición de los bienes, en virtud de dicho reconocimiento los Estados deberán crear las condiciones para asegurar que las personas en situación de discapacidad puedan adquirir el dominio sobre bienes muebles o inmuebles en igualdad de condiciones, y no sean privadas arbitrariamente de la libre administración de sus recursos ni del control de sus propios asuntos económicos (Art. 12.5). En todo caso, deberán brindarse las garantías suficientes (salvaguardias) para impedir los abusos y los conflictos de intereses, y para asegurar que la adopción de medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respete los derechos e intereses de las personas (Art. 12.4).

1.2.2.2.1. El artículo 12 de la CDPD frente al sistema de representación

El artículo 12 puso de manifiesto un debate que había estado pendiente en la agenda política de los Estados: el impacto que tiene el reconocimiento de la capacidad jurídica en el disfrute efectivo de los derechos; es decir, empieza a intuirse desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el reconocimiento de la capacidad jurídica se erige como un principio de acceso y goce de todos los derechos (Bariffi, 2014, p. 323).

Además, dicho cambio evidenció algunos problemas teóricos en cuanto al concepto y fundamento de los derechos, porque el discurso ya no gira solamente en torno a la titularidad, como ha sido usual, sino que se relacionaba también con el ejercicio de ellos.

Como se ha indicado ya, el modelo de sustitución de la capacidad se inspira en el modelo médico y consiste en que a las personas que no logran superar el mínimo de capacidad comúnmente aceptado se les concibe como no aptos y por ende, “vean restringida o incluso anulada su capacidad jurídica y que sean reemplazadas por un tercero ‘capacitado’ en la toma de decisiones” (Cuenca, 2012a, p. 64).

A través del modelo médico se recurre a la figura de la interdicción, que se constituye en una herramienta jurídica restrictiva de la autonomía de la persona sobre la cual recae la tutela; todo esto bajo el argumento de la mayor protección, no solo de la propia persona sino también de ciertas prácticas y usos que resultan socialmente relevantes, como es el tráfico jurídico (Cuenca, 2012^a, p. 68).

Bajo esta línea, la figura de la interdicción está encaminada a determinar en qué casos y bajo qué circunstancias se restringe la capacidad de ejercicio. El tipo y el grado de discapacidad que posee la persona (lo que se determina a través de estudios médicos) son los factores que entran a valorarse al momento de definir la procedencia de la medida de protección la cual opera, habitualmente, a través del consentimiento sustituto (Cuenca, 2012a, p. 65).

Como regla básica se establecen dos grados de incapacitación: la absoluta o total y la parcial o relativa. En virtud de la primera se le restringe al individuo la capacidad de

ejercicio en el ámbito patrimonial y en el ámbito personal, por lo que el tutor pasa a ser quien lo represente y decida a través de la sustitución de la voluntad (Cuenca, 2012a, p. 67). En virtud de la segunda se restringe la autonomía en el ámbito patrimonial, por lo que, la labor del tutor consiste en brindarle asistencia únicamente en aquellos actos en los cuales opera la restricción, de acuerdo a lo establecido en la decisión judicial de incapacitación (Cuenca, 2012a, p. 67).

Debe destacarse que el artículo 12 no plasma un derecho absoluto de capacidad jurídica, sino que incorpora una garantía de igualdad en su ejercicio, de suerte que en un determinado momento, tal como ocurre con los otros derechos, podrá limitarse el ejercicio de la capacidad jurídica por razones constitucionalmente justificadas, pero en ningún caso bajo el argumento de la discapacidad (Bariffi, 2014, p. 392).

Frente al ejercicio de los derechos personalísimos, el modelo de la representación asume que debe acudirse a lo que comúnmente se denomina “capacidad natural”; es decir, aquella condición de razonamiento mínimo que se exige para comprender las consecuencias de la decisión que se adopta. Se debe anotar que habitualmente la capacidad natural también es determinada a través de una valoración del cuadro médico de la persona (Cuenca, 2012a, p. 70).

Como puede observarse, el modelo de representación entra en tensión directa con los principios de la CDPD¹⁷² debido a que, en virtud de ella, resulta imperativo promover la autonomía e independencia de las personas con discapacidad en el marco de la igual dignidad y bajo el enfoque del modelo social, el cual ya ha sido analizado previamente.

En ese orden de ideas, el artículo 12 impone a los Estados la obligación de adecuar las normas nacionales a fin de implementar un sistema que promueva la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, independientemente de la causa médica que haya generado la discapacidad; esto último quizá sea una cuestión que deba entrar a valorarse en el momento de personalizar el sistema de apoyos para asegurar que efectivamente se encuentre ajustado a las necesidades de cada persona.

¹⁷² El Comité tutelar de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones finales respecto al informe inicial presentado por Argentina y Hungría, aprobadas en el octavo periodo de sesiones (septiembre de 2012), exhortó a dichos Estados a modificar el sistema de representación.

1.2.2.2.2. El artículo 12 de la CDPD y el sistema de apoyo para la toma de las decisiones

El artículo 12 de la Convención tiene como propósito cardinal la búsqueda de la autonomía de las personas en situación de discapacidad, en condiciones de igualdad frente a los demás, razón por la cual adopta el enfoque social, desde donde se

contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona enfrenta barreras o restricciones para tomar decisiones propias (Bariffi, 2014, p. 371).

Por tanto, el sistema de apoyo a la capacidad que se dispone desde la Convención deberá construirse de cara a este modelo de tratamiento; esto es, teniendo de presente que las barreras para el ejercicio de los derechos son producto de la interacción entre las deficiencias individuales y la manera como se ha diseñado el entorno social.

Al igual que en el sistema de representación, las medidas de apoyo también pueden comportar el acompañamiento de una tercera persona. La diferencia es que bajo el nuevo modelo dicha intervención justamente debe orientarse a promocionar la autonomía individual. En ese sentido, las medidas de apoyo

no se orientan a sustituir a la persona sino que pretenden asistirle y acompañarla en la toma de sus propias decisiones y todo el modelo gira en torno al respeto de la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, que deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las medidas y en la designación de las personas o instituciones de apoyo (De Asís *et al.*, 2012, p. 70).

El sistema de apoyo deberá partir de una presunción de capacidad legal de las personas con discapacidad, de tal manera que se favorezca el ejercicio por la propia persona “(...) convirtiendo en una auténtica excepción la institución de la incapacitación y los mecanismos de sustitución que, en todo caso, deberán establecerse con carácter puntual y revisable y no de manera abstracta, general y permanente y nunca por razón de discapacidad” (Cuenca, 2012a, p. 74).

Lo anterior supone que en determinadas circunstancias pueda requerirse de un sistema de apoyo que en la práctica sustituya la voluntad de las personas, pero a diferencia de la figura de representación, en el modelo de apoyo obligatoriamente deberán atenderse las preferencias, intereses, narrativa, gustos e historial de la persona cuya voluntad llegue a sustituirse.

Debe señalarse que la CDPD no señala expresamente la manera como deberá implantarse el sistema de apoyo. En todo caso, en atención a la realidad actual se considera que este deberá implementarse gradualmente, sin dismantelar de plano el modelo de la representación. Ciertamente, resulta importante que en un primer momento los dos modelos coexistan.

Tal como lo refiere Patricia Cuenca las medidas de apoyo a implementar deben tener la característica de la amplitud, para que se puedan proyectar al dilatado espectro de situaciones en que las personas requieran de asistencia en la toma de decisiones, ante lo cual, al mismo tiempo, deberán consagrarse una serie de garantías para los derechos fundamentales de la persona que precisa del sistema de apoyos (Cuenca, 2012a, p. 75).

En suma, la Convención representa un cambio en el paradigma respecto a la consideración de la discapacidad ya que se funda sobre la base del modelo social, desde donde asume que la discapacidad se origina en las barreras sociales. Como se ha visto, dichas barreras también emergen de la propia consideración del ser humano, lo que ha llevado a la imposición de medidas de restricción para el ejercicio de las libertades bajo la consigna paternalista. Precisamente, el sistema de apoyos está diseñado en función de la promoción de la autonomía, en igualdad de condiciones frente a los demás.

2. Reseña de los pronunciamientos más relevantes en materia de protección de la capacidad jurídica en el ámbito internacional

2.1. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observación general sobre el artículo 12 de la CDPD¹⁷³

De la información recopilada en informes, foros y opiniones de expertos, entre otros, el Comité considera que existe un malentendido sobre el alcance de las obligaciones de los Estados respecto del artículo 12 de la Convención. En efecto, aún no ha terminado de asumirse que el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar de un modelo de sustitución en el momento de la toma de decisiones a uno basado en el “apoyo para tomarlas”¹⁷⁴.

El Comité señala que numerosos instrumentos internacionales plasman que el derecho a un igual reconocimiento de las personas ante la ley opera en todas partes; es decir, no existen circunstancias que permitan suprimir o limitar dicho reconocimiento a una persona, ni siquiera en situaciones de excepción¹⁷⁵.

Señala que

Los Estados deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no está limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás¹⁷⁶.

¹⁷³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante la Ley. CRPD/C/11/4. 11º Periodo de Sesiones. 30 de marzo al 11 de abril de 2014.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 2 y ss.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 3.

Recalca el Comité que normalmente la negación de la capacidad jurídica se enfoca en privar a las personas con discapacidad de una serie de derechos fundamentales, tales como el derecho al voto, a casarse, a fundar una familia, derechos de reproducción, patria potestad, a otorgar el consentimiento, entre otros¹⁷⁷.

El artículo 12 de la Convención plasma que todas las personas (incluso aquellas con discapacidad) tienen plena capacidad jurídica. Según el Comité, esta se constituye en una herramienta indispensable también para ejercer los derechos económicos, sociales y culturales¹⁷⁸.

El Comité advierte que el sistema de sustitución en la toma de decisiones afecta severamente a las personas con discapacidad (especialmente aquellas que tienen discapacidades cognitivas o psicosociales); de ahí que el Comité reitere que la discapacidad no puede ser nunca fundamento para negar la capacidad jurídica o vulnerar cualquiera de los derechos que derivan del artículo 12¹⁷⁹.

En cuanto al contenido normativo del artículo 12, el Comité ha señalado que en el párrafo 1 se reitera que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que hace que sean dignos de respeto como personas con capacidad jurídica¹⁸⁰.

Indica que en el párrafo 2 se reconoce que las personas con discapacidad gozan de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Señala que la capacidad jurídica comprende la capacidad de ser titular de derechos y actuar conforme a Derecho; esto es, que pueden realizar actos con efectos jurídicos¹⁸¹.

El Comité señala que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos diferentes, entendiendo por capacidad mental “la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸¹ *Ibid.*

determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”¹⁸². Según el contenido del artículo 12 la discapacidad mental nunca puede usarse como justificación de la negación de capacidad jurídica, toda vez que sería un caso de discriminación por denegación¹⁸³.

Sobre el tercer párrafo, el Comité sostiene que a través de él se reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así mismo, en vez de negar la capacidad jurídica los Estados deben empeñarse en proporcionar acceso a los apoyos que puedan requerir para tomar decisiones con trasfondo jurídico¹⁸⁴.

El apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica siempre debe respetar los derechos, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, y regirse siempre por la directriz según la cual nunca debe consistir en decidir por ellas. En el párrafo 3 no se señala concretamente en qué debe consistir el apoyo. De ahí que el Comité señale que

“Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades (...). El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (...), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales¹⁸⁵.

El tipo de apoyo y la intensidad con que se prestará dependerá de cada persona, toda vez que la Convención se basa en el principio de respeto a la diferencia y de aceptación de las personas con discapacidad como parte diversa de la condición humana. A pesar de lo anterior, el Comité reconoce que algunas personas simplemente buscan que se les reconozca el derecho a la capacidad jurídica sin más, porque podrían no querer recibir ningún tipo apoyo¹⁸⁶.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

Señala que el párrafo 4 del artículo 12 prevé el mecanismo de las salvaguardias que debe tener un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. En efecto, se exige a los Estados su creación con el objetivo de garantizar el respeto por los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas. Precisa que las salvaguardias funcionan como mecanismo de protección frente a los abusos que puedan llegar a cometerse¹⁸⁷.

El Comité finaliza el análisis concreto del texto del artículo 12 indicando que el párrafo 5 contiene la obligación para los Estados de adoptar medidas con el fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en temas económicos, ya que a estas personas tradicionalmente se les ha negado el acceso a las finanzas o a la propiedad. Concluye que persistir con estas prácticas resulta discriminatorio¹⁸⁸.

2.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Breve reseña de la jurisprudencia más relevante

Frente al Sistema Interamericano, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo en materia de discapacidad ha sido más numerosa. Específicamente sobre temas relacionados con interdicción, representación e internamiento, el Sistema Europeo presenta un gran historial jurisprudencial¹⁸⁹. Sin embargo, concretamente sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica, el desarrollo es más bien reciente. A continuación se hará breve mención de los casos más relevantes que ha resuelto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de capacidad y de protección de la autonomía.

- Stanev vs. Bulgaria (enero 17 de 2012)

En 2000, a solicitud de los miembros de la familia del demandante, el fiscal general de Roussé solicitó al tribunal regional de esta misma ciudad la declaración de incapacidad jurídica total del demandante. Por sentencia del 20 de noviembre de 2000, el tribunal declaró al demandante parcialmente incapaz a causa de una esquizofrenia simple que sufría

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 5-6.

¹⁸⁹ Al respecto pueden verse: *Bock vs. Alemania* (1989); *Bocsi vs. Hungría* (1998); *H. L. vs. El Reino Unido* (2004); *Skjoldager vs. Suecia* (1995); *Winterwerp vs. Países Bajos* (1979), entre otros.

desde 1975, ya que alteraba su capacidad para gestionar sus asuntos e intereses así como para prever las consecuencias de sus actos. Consideró que el estado del demandante no era de tal gravedad como para declarar la incapacitación total (párr. 10). Los familiares del demandante no aceptaron asumir las responsabilidades de la tutela, por lo que el 23 de mayo de 2002 el municipio designó a R. P., funcionaria municipal, como tutora del demandante.

El 29 de mayo de 2002, R. P. solicitó a los servicios sociales de Roussé el ingreso del demandante en un hogar social para enfermos mentales (párr. 13). El 10 de diciembre de 2001 se firmó un contrato de internamiento en la institución social entre R. P. y el hogar para adultos con trastornos mentales situado cerca del pueblo de Pastra (“el hogar de Pastra”). El demandante no fue informado de este contrato (párr. 14). El demandante afirma que las condiciones sanitarias y de alimentación en el hogar eran muy deficientes. Según un informe médico del 15 de junio de 2005, la permanencia en el hogar de Pastra era muy destructiva para la salud del demandante, por lo que sugirió su retiro del hogar pues de lo contrario corría el riesgo de presentar un “síndrome de institucionalización” conforme se prolongaba su estadía (párr. 36).

El 25 de noviembre de 2004, el demandante presentó a la fiscalía, a instancias de su abogada, una solicitud de restablecimiento de su capacidad jurídica. El 2 de marzo de 2005 el fiscal invitó al hogar de Pastra a que presentara un informe médico que diera cuenta de los problemas que tenía el demandante con miras a una posible acción judicial tendiente al restablecimiento de su capacidad jurídica. Posteriormente, el demandante fue trasladado al hospital psiquiátrico para una valoración médica; allí los médicos dictaminaron que presentaba síntomas de esquizofrenia. Dado que su estado de salud no había empeorado desde su ingreso en el hogar en 2002, no se modificó el régimen al que estaba sometido (párr. 37).

Después de asumir el caso y analizar el material probatorio, el Tribunal Europeo presentó sus conclusiones indicando que bajo estas condiciones, el internamiento en el hogar de Pastra era equivalente a una privación de la libertad, razón por la cual eran aplicables las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se enfocan en prohibir el trato inhumano y degradante, además de que se le había vulnerado a la persona el derecho a ser oída en un tribunal. Por ello, después de un análisis de la normativa aplicable, entre

ella la CDPD, declaró la responsabilidad del Estado por la vulneración del artículo 5°; del art. 3° en relación con el art. 13; y del artículo 6.1, todos del Convenio, otorgando una indemnización a favor del demandante.

- D. D. vs. Lituania (febrero 14 de 2012)

En 1979, después de experimentar una crisis al descubrir que era un niño adoptado, al demandante se le diagnosticó una enfermedad mental. En 1984 se le diagnosticó esquizofrenia circular. Durante su hospitalización en el Hospital Psiquiátrico de Kaunas, en 2004, se le diagnosticó esquizofrenia paranoide continua. Por lo anterior, en 2000 el padre adoptivo del demandante había solicitado a la Corte de Distrito de la ciudad de Kaunas la declaratoria de incapacidad. El tribunal ordenó un examen forense del estado mental del solicitante (párr. 10).

El 21 de enero de 2004, el Tribunal de Distrito de la ciudad de Kaunas nombró al padre adoptivo del solicitante como su tutor legal. Por iniciativa y consentimiento de este tutor, el 30 de junio de 2004 el demandante fue trasladado al Hospital Psiquiátrico Kaunas para recibir tratamiento. El demandante se quejó de malos tratos. El 20 de julio de 2004, un panel de médicos del Hospital Psiquiátrico Kaunas concluyó que el demandante efectivamente sufría de esquizofrenia paranoide continua. La Comisión también aconsejó que el solicitante “viviera en una institución de atención social para discapacitados mentales” (párr. 22). Un trabajador social fue el responsable de examinar las condiciones en que el solicitante vivía en su apartamento en la ciudad de Kaunas. El informe arrojó que el solicitante no era capaz de cuidar de sí mismo y su comportamiento era impredecible (párr. 24).

El 15 de julio de 2004 el demandante solicitó al Hospital Psiquiátrico Kaunas iniciar un cambio de la tutela de su padre adoptivo, arguyendo que este lo había tenido en el hospital psiquiátrico por la fuerza y el engaño, privándolo así de su libertad. El hospital negó su petición ya que no tenía competencia en materia de tutela (párr. 32).

El 2 de septiembre de 2005, asistido por su antiguo tutor y amigo, D. G., el demandante entabló una acción ante los tribunales, solicitando reabrir los procedimientos de tutela para efectos de que le fuera asignado un nuevo tutor (párr. 34).

El 27 de octubre de 2005 el demandante se dirigió al Presidente de la Corte de Distrito de la ciudad de Kaunas. Se quejó de su incapacitación por iniciativa tortuosa de su padre adoptivo sin haber sido informado de las actuaciones procesales. Asimismo, el demandante declaró que había sido ilegalmente privado de su libertad e involuntariamente internado por tiempo indefinido en el hospital, donde no había logrado obtener asistencia jurídica gratuita (párr. 37). El fiscal concluyó que los documentos presentados por los querellantes no fueron suficientes para encontrar que el derecho del demandante a la libertad había sido violado por la restricción innecesaria, o que había sufrido un trato degradante. Con la ayuda de la Dirección General, el solicitante abordó una serie de quejas ante diversas autoridades del Estado, pero estas también fueron rechazadas (párr. 59).

Después de asumir el caso y de efectuar su análisis, el Tribunal Europeo declaró al Estado responsable por vulnerar el artículo 5° —debido al internamiento involuntario en el hospital y a la imposibilidad del solicitante para obtener la revisión judicial de su situación—; el artículo 6°, —por fallas en el procedimiento para el cambio de la tutela—; y del artículo 13° —por la ausencia de recursos efectivos—; todos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- Alajos Kiss vs. Hungría (mayo 20 de 2010)

El demandante nació en 1954 y vive en Rózsaszentmárton. En 1991 fue diagnosticado con depresión maníaca. El 27 de mayo de 2005 fue puesto bajo tutela parcial. Aunque esta medida se basaba en el Código Civil, que se ocupa de las relaciones personales y pecuniarias de los ciudadanos, también supuso la exclusión del derecho al voto, decisión que en un principio no fue apelada (párr. 7).

El 13 de febrero de 2006 el demandante se percató de que había sido excluido del padrón electoral elaborado de cara a las próximas elecciones legislativas. Su queja a la Oficina Electoral fue inadmitida (párr. 8). El demandante elevó entonces su queja ante el Tribunal

del Distrito Central de Pest. El 9 de marzo de 2006, este tribunal también desestimó su caso. Esta decisión se notificó al representante del demandante el 25 de abril de 2006. Mientras tanto, las elecciones legislativas tuvieron lugar el 9 y 23 de abril de 2006, y el demandante no pudo participar en ellas (párr. 10).

La Corte europea, después de analizar la demanda y teniendo en cuenta, entre otra normatividad, la CDPD (Arts. 1, 12 y 19), declaró responsable al Estado por infringir el artículo 3 del Protocolo No. 1 al Convenio europeo, a causa de privar al demandante del derecho a la participación electoral. Así mismo, en virtud del Artículo 41 del Convenio, condenó al Estado al pago de una indemnización.

3. A modo de conclusión del capítulo

En los últimos años, en el plano internacional se han dado avances importantes en materia de tutela y reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Tanto el Sistema Interamericano como el Sistema Universal de Derechos Humanos han adoptado sus propios estándares de protección para dar cumplimiento a los derechos y libertades fundamentales de este grupo significativo de personas. La caracterización de dichos estándares varía de acuerdo con la evolución que presenta cada uno de estos sistemas de derechos respecto al tratamiento que se le ha dado al tema de la discapacidad.

Como se dejó anotado, la preocupación por los derechos de las personas en situación de discapacidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es reciente. Pese a que este sistema regional de protección no presenta un desarrollo normativo considerable en esta materia, cuenta con el primer tratado internacional para la protección y plena integración social de las personas en situación de discapacidad. Por otro lado, resulta interesante la labor que han desempeñado los órganos del sistema a través de sus pronunciamientos —especialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, para dar cierto impulso a los derechos de las personas en situación de discapacidad. No obstante lo anterior,

(...) y sin perjuicio de la importancia que tiene que la Comisión resuelva peticiones individuales en que se encuentran comprometidos los derechos de las personas con

discapacidad, el órgano aún no ha asumido un rol activo en la promoción y defensa de los derechos de este grupo social, teniendo en cuenta la extensión de sus atribuciones (Martín, 2007, p. 136).

Por su parte, en el seno de las Naciones Unidas, desde hace varias décadas la preocupación por la reivindicación de los derechos de las personas en situación de discapacidad ha sido una constante. Incluso desde antes de suscribirse la Convención, el Sistema Universal ya contaba con un cuerpo normativo prolijo en materia de discapacidad. A pesar de que los primeros instrumentos registraban términos que hoy en día ya se encuentran en desuso, con el tiempo dicha normativa evidenció cambios en los conceptos (se pasó de “disminuido físico” a “personas con discapacidad”) y en la forma de abordar la discapacidad (se pasó de ver la discapacidad como un asunto netamente médico basado en normas para la rehabilitación, a ver la discapacidad como una cuestión de derechos humanos basada en normas para la igualdad de oportunidades).

La Convención supone un replanteamiento de las categorías jurídicas tradicionales, por cuanto pasa del modelo de sustitución de la capacidad a un modelo de apoyo para ejercerla, y busca promover la igualdad de las personas con discapacidad. Sin embargo, hasta el momento no se han dado los resultados esperados en la medida en que los poderes públicos en diferentes latitudes no han sido lo suficientemente proactivos en la implementación del contenido de la Convención (Cuenca, 2012a, pp. 62 y ss.).

Actualmente, la comunidad internacional realiza grandes esfuerzos para que se incluya el discurso de los derechos humanos en el plano nacional, lo que tiene fuertes implicaciones para el tema de la discapacidad puesto que

la conexión entre capacidad jurídica, entendida como la dimensión de acceso al ejercicio de los derechos, y los derechos humanos nos permite situar a las condiciones de ejercicio estipuladas en normas universales, por encima de toda consideración nacional, cultural, religiosa, e incluso cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, guiados por el principio *pro persona* como máxima aspiración de justicia (Bariffi, 2014, pp. 319 y ss).

Capítulo 3

Análisis de la normatividad colombiana en materia de discapacidad

1. Análisis sobre la normatividad aplicable en materia de discapacidad en el contexto colombiano

Como se ha observado, la CDPD ha marcado un cambio en el modo de entender la discapacidad al reconocer que las barreras y los prejuicios sociales devienen en sí mismos en una discapacidad. Sin lugar a dudas, la ratificación de la Convención por parte del Estado colombiano supone un avance importante en materia de reconocimiento de derechos a favor de las personas en situación de discapacidad. Le corresponde entonces al Estado asumir los compromisos que derivan de la firma del precitado documento de derechos humanos y tomar las medidas que sean conducentes para brindar protección efectiva a este colectivo de personas, lo que históricamente se ha constituido y aún se constituye en una de las asignaturas pendientes por parte del Estado colombiano.

A continuación se realizará un análisis de la normatividad colombiana en materia de discapacidad, con el fin de identificar los rasgos que caracterizan a este sistema de protección, no sin antes hacer mención del tratamiento de la discapacidad con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.

1.1. El tratamiento de la discapacidad antes de 1991. Rezagos de un sistema marcadamente paternalista

Con antelación a la Constitución de 1991, las personas en situación de discapacidad carecían de estatus jurídico; en el mejor de los casos se les confería un reconocimiento jurídico condicionado. La Constitución de 1886¹⁹⁰ en casi nada reguló el tema de la discapacidad¹⁹¹. Pese a que en algunos apartes del antiguo texto constitucional se hacía mención a la discapacidad, solamente era para otorgarle efectos jurídicos restrictivos; tal es el caso del artículo 17, que establecía que el ejercicio de la ciudadanía se suspendería por “notoria enajenación mental”.

¹⁹⁰ Que precedió a la Carta de 1991.

¹⁹¹ Resulta llamativo que la Constitución de 1886 ni siquiera hiciera mención expresa al tema de la igualdad.

Las cuestiones relativas a la discapacidad estaban reguladas en su gran mayoría por normas del Código Civil¹⁹² y, excepcionalmente, en algunas leyes sobre atención médica y seguridad social. A pesar de que el artículo 74 del Código Civil colombiano (CC) dispuso que “son personas todos los individuos de las especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, desde el punto de vista jurídico el concepto de persona solo se le aplicaba a aquel sujeto que tuviese plena capacidad para ejercer sus derechos.

Por su parte, el artículo 1502 del CC estableció: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”; y el artículo 1504 del CC preceptuó: “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender *por escrito*”¹⁹³ (las cursivas son nuestras).

Como es apenas lógico, el contexto sociocultural de la época planteaba un escenario completamente hostil para las personas en situación de discapacidad. Es posible identificar esta etapa de la historia colombiana con el *modelo de la prescindencia* —sobre el cual se hizo referencia en el capítulo anterior—. No sobra recordar que a partir de dicho modelo se llega a concebir que las personas en situación de discapacidad son fruto de un “castigo divino”, además de que no aportan nada bueno a la sociedad, razón por la cual se tiende a su repudio y marginación. Así pues, debido a las veleidades de este entorno cultural, el tratamiento jurídico de las distintas instituciones sociales como la familia, el matrimonio, la patria potestad, etc., tendría como punto de partida el reconocimiento transversal de una de las figuras más emblemáticas del derecho romano, el *pater familias*, que representa el poder de disposición que tiene el padre de familia sobre su esposa, hijos y esclavos, comoquiera que se presume la falta de capacidad de estos últimos para autogobernarse.

Una prueba de ello lo constituye el artículo 181 del Código Civil, que originariamente disponía: “sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandado, o defendiéndose”; y su artículo 288, que anteriormente establecía: “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre”.

¹⁹² El Código Civil fue expedido originariamente en el año 1887.

¹⁹³ Es de anotar que el término “demente” fue sustituido por el de “persona con discapacidad mental” en virtud del artículo 2 de la Ley 1306 de 2009; y el aparte subrayado fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en virtud de la Sentencia C-983 de noviembre 13 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

De lo anterior se derivan múltiples consecuencias para el tratamiento de la discapacidad, pero quizá la más importante es que, debido a los rezagos del enfoque marcadamente paternalista, las personas en situación de discapacidad¹⁹⁴ se asimilaron para todos los efectos a los infantes, con lo cual se les consideraba también como sujetos absolutamente incapaces y recibieron un tratamiento jurídico similar.

Ahora, como se concibe que dichas personas no están en capacidad de tomar sus propias decisiones, es necesario entonces que otra persona decida por ellas, incluso en contra de su propia voluntad; decisión que puede tomar el Estado o un representante del “incapaz”. Es lo que comúnmente se denomina la *sustitución de la voluntad*.

Son múltiples las disposiciones del Código Civil que apuntaban —y que de hecho aún apuntan— en esa dirección. Para mencionar solo algunas, el artículo 545 del Código Civil originariamente disponía: “el adulto que se halle en estado habitual de *imbecilidad o idiotismo*, de demencia o *de locura furiosa*, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”¹⁹⁵ (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 546 del CC establecía:

Quando el hijo sufra de incapacidad mental grave permanente, deberán sus padres, o uno de ellos, promover el proceso de interdicción, un año antes de cumplir aquel la mayor edad, para que la curaduría produzca efectos a partir de esta, y seguir cuidando del hijo aún después de designado curador.

De otro lado, el artículo 549 del CC preceptuaba: “el juez o prefecto se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia (...)”¹⁹⁶.

Asimismo, el artículo 554 del Código Civil señalaba:

¹⁹⁴ Especialmente las personas en situación de discapacidad psíquica.

¹⁹⁵ El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-478 de junio 10 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Dicho precepto finalmente sería derogado por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009.

¹⁹⁶ Este precepto fue derogado por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009.

El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser traslado a una casa *de locos* encerrado ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas¹⁹⁷ (las cursivas son nuestras).

Y el artículo 559 del CC disponía: “los frutos de los bienes del sordomudo y, en caso necesario, y con autorización judicial, los capitales, se emplearán especialmente en aliviar su condición y en procurarle la educación conveniente”¹⁹⁸.

Ahora bien, con anterioridad a la Constitución de 1991 también se expidieron algunas leyes que abordaron el tema específico de la discapacidad y que supondrían un tímido avance respecto a las disposiciones originarias del CC. Se pueden mencionar las siguientes:

- Ley 12 de 1987, *por la cual se suprimen algunas barreras arquitectónicas y se dictan otras disposiciones*, que dispone en su artículo 1º:

los lugares de los edificios públicos y privados que permiten el acceso al público en general, deberán diseñarse y construirse de manera tal que faciliten el ingreso y tránsito de personas cuya capacidad motora o de orientación esté disminuida por la edad, la incapacidad o la enfermedad.

- Ley 82 de 1988, *por la cual se aprueba el Convenio 159 de 1983 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas*. En virtud de dicho Convenio se dispondría que “persona inválida” designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo quedan substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

- Decreto 2177 de 1989, *por el cual se desarrolla la Ley 82 de 1988*. En su artículo 7º dispondría:

¹⁹⁷ Cabe anotar que el texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-478 de junio 10 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Este precepto finalmente sería derogado por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009.

¹⁹⁸ Este precepto fue derogado por el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009.

El Ministerio de Trabajo Seguridad Social fomentará programas dirigidos a la información, orientación y promoción de personas inválidas que se encuentren rehabilitadas integral y profesionalmente. De igual manera, realizará campañas de promoción hacia empleadores públicos y privados, para que vinculen en sus puestos de trabajo a este tipo de población.

Por su parte, el artículo 18 de este mismo decreto establecería:

Los empleadores particulares y las entidades públicas que vinculen laboralmente a personas reconocidas como inválidas, de conformidad con lo dispuesto en este Decreto podrán recibir estímulos de las entidades de seguridad social, mientras se mantenga vigente el vínculo laboral de dichas personas.

Pues bien, al margen de que con anterioridad al año 1991 era habitual encontrar disposiciones normativas que hacían un uso inapropiado del lenguaje para referirse a las personas en situación de discapacidad, se debe anotar que en este intervalo de tiempo la regulación sobre la materia es prácticamente nula. Con algún atisbo de proteccionismo, la escasa legislación que se expide durante este periodo no solo aborda esta cuestión de manera ligera sino que desde el punto de vista material carece de eficacia normativa.

La discapacidad es un hecho social que es valorado negativamente y es una cuestión que básicamente se circunscribe al ámbito del derecho privado. Y dado que la situación de discapacidad comporta más que una condición para la atribución de derechos una estigmatización para la restricción de ellos, quien la “padecía” estaba condenado a ser tratado como un “ciudadano de segunda categoría”.

1.2. El cambio de paradigma en el nuevo escenario constitucional

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se da un cambio significativo en la base estructural del sistema normativo colombiano. Así pues, la proclamación del Estado como *Social de Derecho* y el reconocimiento de la autonomía moral como elemento nuclear para el libre desarrollo del ser humano son algunos de los pilares en que se funda la nueva Carta Magna de los colombianos.

El artículo 1º de la Constitución de 1991 dispone que Colombia es un Estado democrático y pluralista, que se funda en el respeto de la dignidad humana. Por su parte, el artículo 14 constitucional establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Pues bien, desde sus primeras providencias el Tribunal Constitucional colombiano ha hecho especial énfasis en el deber que le compete al Estado de promover y garantizar el disfrute efectivo de las libertades fundamentales. Ha entendido este tribunal que, pese a que ningún derecho tiene el carácter de absoluto, cualquier límite que se imponga al mismo debe estar en concordancia con el espíritu de la Constitución¹⁹⁹.

Es claro, entonces, que no cualquier restricción por parte del legislador al ejercicio de las libertades está plenamente justificada, toda vez de que si fuera así ninguna aplicabilidad tendría lo dispuesto en el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad²⁰⁰. En ese orden de ideas, en principio, las libertades individuales no pueden encontrar más limitaciones que los derechos de terceras personas y las prescripciones normativas.

Así pues, que las personas sean autónomas implica, de acuerdo con lo que se ha venido señalando, que cada quien sea libre de escoger un determinado proyecto de florecimiento humano, con lo cual solo será legítima la intervención del Estado cuando esta resulte necesaria para conjurar situaciones que impidan la elección, o cuando la propia elección ponga en riesgo la ejecución de otros planes de vida, también dignos de protección por parte del Derecho.

Al respecto, ha sostenido la Corte Constitucional que los derechos

encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás, en la prevalencia del interés general, en la primacía del orden jurídico y en los factores de seguridad, moralidad

¹⁹⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-221 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰⁰ Al respecto ha señalado la Corte: “reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma”. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-221 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

y salubridad públicos, que no pueden verse sacrificados en aras de un ejercicio arbitrario o abusivo de las prerrogativas individuales²⁰¹.

El Alto Tribunal constantemente ha insistido sobre la importancia que suscitan para un sistema democrático la protección y preservación de la autonomía moral de los ciudadanos. Incluso ha señalado que el deber que le compete a los poderes públicos de promover y garantizar los derechos fundamentales encuentra sus límites en la libre determinación de los sujetos. Así pues, en el momento de pronunciarse sobre el derecho que le asiste a las personas de morir dignamente, la Corte exaltó “el deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad”²⁰².

El Tribunal Constitucional colombiano ha puesto de relieve que

el principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa²⁰³.

1.3. El régimen jurídico de la discapacidad a partir de 1991

A partir de la promulgación de la Carta de 1991 se da al interior del ordenamiento jurídico un giro copernicano en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales a favor de los grupos sociales históricamente marginados.

La inclusión de la dignidad humana como referente axiológico para la interpretación y aplicación de los derechos, la adopción de un modelo social y económico progresivo e

²⁰¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-228 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-239 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁰³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-090 de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

incluyente, así como el paso de un sistema democrático meramente representativo a uno más participativo y pluralista son algunas de las novedades que presenta el nuevo escenario constitucional. En Colombia, el marco normativo de la discapacidad tiene como punto de partida la Constitución Política de 1991.

1.3.1. La Constitución de 1991

La Constitución colombiana está integrada por dos partes: la parte dogmática y la parte orgánica. La parte dogmática contiene el catálogo de valores y principios que inspiran al ordenamiento jurídico. La parte orgánica contiene normas sobre la estructura y organización del Estado colombiano y, entre otras materias, regula el órgano y el procedimiento para la elaboración de las leyes.

Los *valores* son aquellos referentes axiológicos a partir de los cuales se derivan el sentido y el fin de todo el ordenamiento jurídico. Dichos valores (vida, dignidad humana, justicia, convivencia, trabajo, paz, etc.) están contenidos principalmente en el preámbulo de la Constitución y se constituyen en la carta de navegación que orienta el destino político de la sociedad colombiana.

Por su parte, los *principios* se encuentran enunciados en su gran mayoría en los primeros apartados del texto constitucional. De allí se desprende que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, democrática, pluralista, que reconoce sin distinción alguna la primacía de los derechos fundamentales, todo en el marco del respeto de la dignidad humana y la diversidad. En ese sentido, los principios constitucionales son normas que fijan parámetros obligatorios de interpretación y además establecen deberes específicos al legislador, quien está llamado a dotar de contenido dichos enunciados constitucionales.

Así pues, si bien por su particular naturaleza existen diferencias entre los valores y principios, desde el inicio de sus labores la Corte Constitucional ha resaltado el carácter normativo de ambos enunciados prescriptivos. En jurisprudencia de 1992, dicho tribunal argumentó:

Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado de eficacia²⁰⁴.

La parte orgánica de la Constitución colombiana contiene normas sobre la estructura y organización del Estado colombiano y entre otras materias regula el órgano y el procedimiento para la elaboración de las leyes. Pues bien, ha sido enfática la Corte Constitucional en resaltar la necesidad de conciliar la parte orgánica con la parte dogmática del texto constitucional. En jurisprudencia del año 2004, dicho Tribunal resaltó:

El respeto por criterios sistemáticos es, en materia constitucional, de obligatoria observancia. La garantía de la unidad de la Constitución se soporta sobre esta premisa. Dicha unidad tiene entre sus extremos la necesidad de conciliar y armonizar la parte dogmática y la orgánica de la Carta. Lo anterior tiene hondas consecuencias en materia de interpretación constitucional, pues obliga a sujetar la lectura de los preceptos constitucionales contenidos en la parte orgánica a la realización de los derechos constitucionales.²⁰⁵

Pues bien, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha hecho énfasis en la necesidad de vincular la parte orgánica con la parte dogmática del texto constitucional. En jurisprudencia del año 2004, el Alto Tribunal resaltó que dicha conexión “tiene hondas consecuencias en materia de interpretación constitucional, pues obliga a sujetar la lectura de los preceptos constitucionales contenidos en la parte orgánica a la realización de los derechos constitucionales”²⁰⁶.

Ahora bien, la Corte ha destacado la importancia que suscita la fórmula “Estado Social de Derecho” en la valoración de los postulados constitucionales, a propósito de la labor de interpretación expansiva que, de acuerdo con este organismo, debe asumir el juez

²⁰⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

²⁰⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-116 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

²⁰⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-116 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

constitucional dentro de dicho modelo de organización política, que se caracteriza por la presencia de los poderes públicos en aquellas esferas de la sociedad que antes le estaban vedadas.

Sobre este aspecto también ha afirmado que la imposibilidad que tiene el Derecho de prever y regular todas las situaciones que plantea el Estado contemporáneo ha conllevado a “la pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”²⁰⁷.

Ha resaltado la Corte Constitucional que en esta nueva forma de organización política los derechos ocupan un lugar central, dado que recogen

(...) necesidades históricamente desconocidas respecto de sujetos que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privados de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de libertad que en adelante reconocerá como prerequisite de su goce a la igualdad, entendida ya no en el sentido formal clásico sino como mandato dirigido al Estado en cuanto organización política encargada de la satisfacción de las necesidades básicas, con la intención última de asegurar a los Ciudadanos una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana²⁰⁸.

En comparación con otras cartas fundamentales latinoamericanas, la Constitución colombiana es una de las más prolijas en materia de reconocimiento de derechos fundamentales. Tal como se había señalado, del mismo preámbulo de la Constitución se deriva un sistema normativo de valores que irradia a todo el ordenamiento jurídico, que establece límites objetivos al poder del Estado y que asimismo informa la actuación de las autoridades públicas. Así, pues, la libertad, la igualdad, la justicia y la solidaridad son algunos de los referentes axiológicos que emergen del espíritu de la Constitución.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 13 constitucional dispone que

²⁰⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

²⁰⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-585 de 2008. M. P. Humberto Sierra Porto.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Con ello se pone de manifiesto la importancia que suscita el valor de la igualdad dentro del sistema normativo colombiano a efectos de brindar protección a los grupos minoritarios.

A renglón seguido, el mismo artículo 13° establece:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta²⁰⁹ y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Se trata de un mandato que impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas afirmativas y de remover las barreras y obstáculos a fin de garantizar la efectiva realización del principio de igualdad.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

El principio de igualdad ata al legislador para que las normas jurídicas que profiera respeten y garanticen el derecho a la igualdad y no adopte medidas discriminatorias o que desconozcan la especial protección que se debe a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Así mismo, para que el Estado les otorgue la especial protección de la cual son titulares y adopte las medidas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva²¹⁰.

Por su parte, el artículo 16 de la Carta Política recoge la cláusula general de la libertad al disponer que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

Acorde con lo que se dejó anotado en el capítulo anterior, se trata de la potestad que el

²⁰⁹ La expresión “debilidad manifiesta” no resulta afortunada en tanto que acentúa la situación de desigualdad. Quizá sea más adecuado hacer mención a la “situación de desventaja”.

²¹⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-381 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

ordenamiento les confiere a las personas para que puedan tomar decisiones sobre el proyecto vital, de manera autónoma, todo en el marco del respeto de la diferencia.

Sobre el tema específico de la discapacidad, el artículo 47 constitucional dispone: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Por su parte, el artículo 54° consagra: “El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. Y finalmente, el artículo 68° indica: “(...) La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, (...) son obligaciones especiales del Estado”.

Pues bien, pese a que las normas constitucionales en materia de discapacidad están redactadas en términos del modelo médico-rehabilitador, dicha normatividad, respecto al esquema constitucional anterior, comporta un avance importante en materia de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Ahora, si bien el articulado concreto sobre discapacidad está contenido en el capítulo que trata sobre “los derechos económicos, sociales y culturales”, esta cuestión en nada afecta el grado de protección de su contenido. Así pues, desde el inicio de sus labores la Corte Constitucional colombiana dejó por sentado que la aplicación directa de una norma no depende de la forma como ella haya sido consagrada en el texto constitucional (criterio a rúbrica) sino del grado de conexidad que exista entre el derecho que contenga la norma y la dignidad humana²¹¹. En ese sentido, le corresponde al juez determinar en cada caso en concreto el nivel de fundamentalidad de un derecho así como el alcance de su aplicación, independientemente de que él haya tenido o no desarrollo legal.

Como puede observarse, la Constitución señala el norte hacia donde deben dirigirse las instituciones del Estado a fin de dar pleno cumplimiento a los principios constitucionales. Por eso, la Carta Magna colombiana reclama de los poderes públicos la implementación de medidas legislativas así como de políticas públicas encaminadas a la promoción de los derechos y a la integración social de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. En ese sentido, es inequívoca la intención del constituyente colombiano de

²¹¹ Al respecto puede verse la Sentencia T-002 de 1992. Corte Constitucional colombiana. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

otorgar especial protección a este grupo de personas dado que su particular condición les impide, en no pocas ocasiones, el disfrute efectivo de sus derechos y libertades fundamentales.

1.3.2. Leyes, decretos y demás normatividad relevante en materia de discapacidad

- Ley 361 de febrero 7 de 1997 “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

En Colombia, las cuestiones que giran en torno a la discapacidad están reguladas principalmente en esta ley, que tiene como objeto la “normalización social plena y la total integración de las personas con limitación” (Art. 3º). En virtud de la misma, “el Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales” (Art. 2º).

Asimismo, se señala que el Estado tendrá a cargo la prevención, los cuidados médicos, la rehabilitación, la educación apropiada, la integración laboral y la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales de las personas con limitaciones (Art. 4º). Igualmente se dispone que deberán tomarse las medidas preventivas para disminuir y en lo posible eliminar las circunstancias causantes de la limitación, medidas tales como el control pre y posnatal, el mejoramiento de las prácticas nutricionales, el mejoramiento de las acciones educativas en salud, el mejoramiento de los servicios sanitarios, el control de accidentes, etc. (Art. 7º). También se prescribe que el Estado colombiano deberá garantizar el acceso a la educación para las personas con limitación, quienes deberán contar para ello con un ambiente adecuado a sus necesidades especiales (Art. 10º).

Pese a que dicha ley presentó en su momento avances importantes en esta materia²¹², actualmente deja entrever grandes falencias de cara a la CDPD. En primer lugar, porque parte de un supuesto que resulta inapropiado toda vez que concibe la discapacidad como

²¹² Hasta antes de la fecha de la expedición de la ley no existía un estatuto que regulara esta cuestión de manera integral.

una situación “patológica” que afecta el desarrollo normal de las personas así como su integración a la sociedad.

En segundo lugar, porque parte del constante equívoco de entender la discapacidad como una cuestión que debe resolverse exclusivamente en el ámbito de la medicina y de la seguridad social. Prueba de ello lo constituye lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo dieciocho (18°), que dispone que el Gobierno Nacional deberá establecer

los mecanismos necesarios para que los limitados cuenten con los programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional, y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas e intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad.

Además, mediante este precepto da a entenderse que la vida de las personas “limitadas” solo tendría verdadero sentido en tanto que pueda revertirse dicha situación de anormalidad, o al menos en cuanto sea posible contraer sus efectos negativos.

Como consecuencia de lo anterior, la Ley 361 de 1997 entiende que la “limitación” es un hecho que a pesar de tener repercusiones sociales es producto de una restricción personal, con lo cual las “medidas de protección” se encaminan, en su gran mayoría, a la rehabilitación e integración del individuo, con lo que se pasa por alto el rol limitativo que desempeña la sociedad dentro de dicha problemática.

- Ley 982 de agosto 9 de 2005, “por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”.

En virtud de esta ley, “el Estado facilitará a las personas sordas, sordociegas e hipoacúsicas el acceso a todas las ayudas técnicas necesarias para mejorar su calidad de vida” (Art. 14°). De esta forma se dispone que el Estado colombiano deberá tomar las medidas necesarias para garantizar a este colectivo de personas el goce efectivo de su derecho a la información en sus canales nacionales de televisión abierta, para lo cual implementará la intervención de intérpretes de lengua de señas, *closed caption* y subtítulos en los programas

informativos dirigidos a la ciudadanía (Art. 13°). También se establece que, sin perjuicio del respeto por su particularidad lingüística y comunicativa, estas personas tendrán derecho de acceder a cualquiera de las dos formas de comunicación que permitan su rehabilitación, esto es, al sistema oral o a la lengua de señas colombiana (Art. 21°).

De conformidad con la mencionada ley, no podrá negarse o restringirse a este grupo de personas el acceso al empleo aludiendo a su falta de visión o audición, salvo que dicha función sea indispensable para realizar la labor (Art. 30°). Asimismo se dispone que en los concursos para la provisión de empleos públicos “serán admitidas en igualdad de condiciones las personas con limitación auditiva y visual asociada, siempre y cuando dicha limitación no resulte incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación” (Art. 37°). Finalmente, se establece que dentro de la política de empleo deberá reservarse un porcentaje de puestos para ser cubiertos por este colectivo de personas siempre que cumplan con los requisitos que exija el cargo y siempre que con ello no se afecte la prestación del servicio (Art. 35°).

Al margen de que esta ley también presenta una terminología inadecuada, ella dispone de algunas novedades importantes en cuanto a la protección de los derechos de este grupo específico de la población, especialmente en lo que respecta al tema de la accesibilidad en materia de comunicaciones. De la misma manera, la ley establece algunas técnicas para la inclusión de estas personas en el campo laboral, entre ellas la reserva de un porcentaje de plazas de trabajo para que lo ocupen exclusivamente personas en situación de discapacidad auditiva y/o visual. Ahora, pese a las bondades de la medida, tiene el inconveniente de que la propia ley no define cuál es el porcentaje de puestos de trabajo que debe reservarse ni remite dicha cuestión a otras instancias, lo que le resta total eficacia.

Asimismo, esta ley dispone que en los procesos selectivos se admita a las personas que deriven su discapacidad de una deficiencia visual y/o auditiva, en igualdad de condiciones que los demás. Pese a lo anterior, al mismo tiempo dispone que dichas personas deban cumplir con los requisitos que exige el cargo para poder acceder a él. Esto realmente no supone un avance sino un tratamiento jurídico neutro que en últimas podría derivar en una discriminación indirecta. Pero quizás el mayor desacierto de esta ley es que, a pesar de presentarse como una normativa garantista, parte de un supuesto insalvable: presume la

falta de aptitud de estas personas para desempeñar un empleo o cargo público, lo que claramente contrasta con el propio espíritu de la ley.

- Decreto Nacional 1538 de mayo 17 de 2005, “mediante el cual se reglamenta parcialmente la Ley 361 de 1997”.

Por medio de esta norma se dictan disposiciones sobre el tema de la *accesibilidad*, que tendrán aplicación en el diseño y construcción de obras públicas, vías, edificios, estacionamientos y espacios de uso público. En virtud del mencionado decreto la accesibilidad es la condición que permite “en cualquier espacio o ambiente, ya sea interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general y el uso en forma confiable, eficiente y autónoma de los servicios instalados en esos ambientes” (Art. 2º).

Aunque la norma hace una leve distinción entre barreras físicas y arquitectónicas, en líneas generales concibe que una barrera es un obstáculo que impide la movilidad de las personas ya sea al interior o al exterior de las edificaciones. En esa medida, el mencionado Decreto Reglamentario busca establecer determinadas políticas y estrategias orientadas a la eliminación de dichas barreras, para lo cual se hace necesario adecuar los establecimientos y construcciones al público en general a fin de darle pleno cumplimiento al principio de accesibilidad universal.

Ahora bien, aunque la mencionada norma parte de un supuesto que al parecer resulta acertado —toda vez que concibe que la eliminación de las barreras es requisito indispensable para lograr la accesibilidad—, maneja un concepto limitado de lo que debe entenderse por “barrera”, lo que claramente restringe el ámbito de aplicación de la norma. En esa medida la precitada norma solo hace alusión a las barreras físicas y arquitectónicas, y no a las barreras conductuales o actitudinales ni a la del reconocimiento legal, con lo cual se desestiman aquellos impedimentos y obstáculos que se construyen a partir de prejuicios y estereotipos sociales.

Es de anotar que el decreto en mención está desprovisto de todo carácter coercitivo²¹³, de tal manera que su aplicación queda sujeta a la libre voluntad y al poder de determinación que tengan las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento.

1.3.3. Normatividad expedida luego de ser ratificada la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)

A través de la Ley 1346 de 2009²¹⁴, Colombia aprobó la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, instrumento que se había adoptado en diciembre 13 de 2006. En concordancia con dicha normatividad, el Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 1618 de 2013, mediante la cual se establecen disposiciones tendientes a garantizar los derechos de las personas con discapacidad. A continuación se efectuará un análisis sobre los avances que presenta la mencionada ley.

- Ley Estatutaria 1618 de 2013 “por la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

En su artículo 1º, la Ley 1618 de 2013 dispone que su objeto es garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de este grupo poblacional. Para el logro de tal fin se precisan dos frentes de acción: i) adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y ajustes razonables, y ii) eliminación de toda forma de discriminación por cuestión de discapacidad.

Esta ley define a personas en situación de discapacidad como aquellas que tienen “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Art. 2, numeral 1).

²¹³ Como es usual que suceda con la legislación colombiana que versa sobre la reivindicación de derechos a favor de grupos socialmente excluidos.

²¹⁴ La ley 1306 de 2009 recoge textualmente, en todos sus apartes, lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Dentro de los principios que rigen la mencionada ley se encuentran, entre otros, el de dignidad humana, autonomía individual, progresividad en la financiación, equiparación de oportunidades, protección, no discriminación, solidaridad, pluralismo, accesibilidad, diversidad, aceptación de las diferencias y participación de las personas con discapacidad (Art. 3).

En cuanto a su alcance normativo y ámbito de aplicación, el artículo 4° establece que la ley se complementa con los pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos en materia de discapacidad debidamente ratificados por Colombia y que en ningún caso por su implementación podrán restringirse derechos previamente reconocidos a favor de este grupo de personas (Art. 4°).

El título III (artículos 5° y 6°) establece el régimen de deberes y obligaciones en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad y se dispone que las entidades públicas, en los diferentes niveles de la administración, son responsables de la inclusión plena y efectiva de las personas en situación de discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas y programas garanticen el pleno ejercicio de sus derechos. De ese modo, el artículo 5° de la ley 1618 de 2013 define la hoja de ruta que deberá orientar la actuación de los poderes públicos en este campo de acción específico, remitiéndose además a lo dispuesto en los artículos 3° (literal c) y 4° de la Ley 1346 de 2009 o ley aprobatoria de la Convención Internacional.

Así pues, el precitado artículo 5° establece que las entidades estatales del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local incorporarán en sus planes de desarrollo una política pública de discapacidad con el fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos así como el acceso efectivo a los diferentes servicios sociales, y asegurar además que el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de programas y proyectos incluya el enfoque diferencial para que de ese modo se logre garantizar que las personas con discapacidad se beneficien en igualdad de condiciones con los demás beneficios del respectivo programa o proyecto (Art. 5°, numerales 2 y 3).

De otra parte, se dispone que las entidades territoriales, en los diferentes órdenes, incluirán en sus presupuestos anuales y en forma progresiva las partidas necesarias para hacer efectivas las acciones contenidas en favor del ejercicio de los derechos de las personas con

discapacidad (Art. 5, numeral 4). También establece que deberán adoptarse los mecanismos necesarios para garantizar la participación plena de las personas con discapacidad en la formulación de las diferentes políticas públicas, al incorporar en el presupuesto de dichas entidades los recursos suficientes para implementar los ajustes razonables que le permitan a este colectivo de personas acceder a un determinado bien o servicio social, exigiendo además mantener actualizado el registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad (Art. 5, numerales 5, 6 y 7).

Por su parte, el artículo 6° impone un catálogo de deberes a los diversos actores sociales (familia, empresas privadas, organizaciones no gubernamentales, gremios y a la sociedad en general), quienes deberán dar cumplimiento al deber general de promover, difundir, respetar y visibilizar el ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad; asumir conjuntamente el compromiso de eliminar barreras actitudinales, sociales, físicas, arquitectónicas, y de cualquier otro tipo que impidan la efectiva participación de este colectivo; y denunciar cualquier acto de discriminación o segregación contra las personas con discapacidad (Art. 6, numerales 3, 4 y 7).

El Título IV de la Ley 1618 de 2013 se titula “Medidas para la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad” y se divide en dos capítulos: en el primero (I) de ellos se incluye el elenco de derechos y los instrumentos para su protección; el segundo (II) contiene disposiciones sobre participación ciudadana de las personas en situación de discapacidad, en concordancia con la Ley 134 de 1994 que trata sobre mecanismos de participación democrática y de los artículos 29 y 33 de la Ley 1346 de 2009, o ley aprobatoria de la Convención Internacional, que versan sobre la participación política y pública del colectivo en mención y sobre control de seguimiento.

Así pues, como ya se ha mencionado, el Capítulo I del Título IV de la ley estatutaria recoge una lista de derechos y libertades que se reconocen a las personas con discapacidad, así como los mecanismos para hacerlos efectivos. Dicha enunciación está encabezada por el artículo 7°, que hace referencia a los derechos de los niños y niñas con discapacidad — en concordancia con el artículo 7° de la Ley 1346 de 2009— y por el artículo 8°, que hace alusión al acompañamiento de las familias —en concordancia con el artículo 23 de la misma ley 1346—.

Pues bien, el artículo 7° de la ley estatutaria dispone que “todos los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”. Para tal fin se dispone que el Gobierno Nacional y los Gobiernos departamentales y municipales deberán adoptar mecanismos especiales de inclusión dentro de las políticas de atención y protección de la primera infancia (Art. 7°, numeral 1°); además, deberán establecerse programas de detección precoz y atención temprana para los niños y niñas que durante la primera infancia tengan alto riesgo de adquirir una discapacidad o tengan ya la discapacidad; se dispone que, en todo caso, se garantizará el servicio de habilitación y rehabilitación integral de manera que los menores puedan ejercer sus derechos ininterrumpidamente (Art. 7°, numerales 2 y 4). Asimismo, se preceptúa que a través del Ministerio de Educación deberán adoptarse planes y estrategias orientados a asegurar la educación inicial inclusiva pertinente de los niños y niñas con discapacidad en las escuelas, según su diversidad, así como también programas de formación que incluyan la enseñanza de los derechos respecto a este colectivo de personas (Art. 7°, numerales 5 y 6).

Por su parte, el artículo 8° de la Ley 1618 hace referencia al acompañamiento de las familias dentro de la estrategia de Rehabilitación Basada en la Comunidad (RBC), integrando especialmente a las familias de bajos recursos y a las familias de las personas con mayor riesgo de vulnerabilidad en razón a su discapacidad. Se dispone que las entidades nacionales, departamentales, municipales, distritales y locales competentes deberán apoyar programas orientados a desarrollar las capacidades de la persona, la familia y la comunidad en el autocuidado y en la identificación de los riesgos que producen discapacidad, y promover además el desarrollo de planes de formación de cuidadores y espacios de atención para las personas que asumen este compromiso. Todo lo anterior deberá articularse con estrategias de inclusión y de superación de la pobreza (Art. 8°, numerales 1, 2, 3 y 4).

A partir del artículo 9° de esta ley estatutaria se empieza a incorporar el catálogo de derechos. Este artículo hace mención al derecho a la habilitación y rehabilitación integral disponiendo que

Todas las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas

con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

A tal fin, se incluirá dentro del Sistema General de Seguridad Social y Salud (SGSSS) la cobertura completa de los servicios de habilitación y rehabilitación integral, a partir de estudios de costo y efectividad que respalden tal inclusión (Art 9°, numeral 1°). El Ministerio de Salud y Protección Social asegurará que la prestación de estos servicios se haga con altos estándares de calidad, y para ello establecerá sistemas de monitoreo y de seguimiento y visibilizará a los prestadores de servicios que no cumplan con dichos lineamientos de calidad o que impidan el acceso a los precitados servicios para la aplicación de las respectivas sanciones (Art. 9°, numerales 2 y 3).

También se faculta al Ministerio de Salud y Protección Social para ejercer la vigilancia de las entidades prestadoras de salud —que deberán implementar servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para promover la vida digna y la inclusión en la comunidad— así como la regulación de la entrega de dotaciones y la prestación de atención terapéutica requerida, e integrar ayudas técnicas y tecnológicas a las personas con discapacidad múltiple (Art. 9°, numerales 5°, 8° y 10°).

El derecho a la salud de las personas con discapacidad está regulado en el artículo 10° de la ley estatutaria que es objeto de análisis, mediante el cual se encomienda al Ministerio de Salud y Protección Social la labor de asegurar que, a través de los distintos planes obligatorios, efectivamente se garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todas las ayudas técnicas necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad bajo el enfoque diferencial (Art. 10°, numeral 1°, literal a). También se requiere a este Ministerio para que asegure que los programas de salud pública establezcan acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad desde la gestación, mediante el desarrollo de estrategias de promoción de salud mental y de prevención de factores de riesgo asociados a la discapacidad que no supongan una afectación a la dignidad de las personas que ya se encuentran en dicha situación; asegurar, además, a este grupo de la población la

accesibilidad a los programas de salud sexual y reproductiva (Artículo 10°, numeral 1°, literales b, c y d).

De acuerdo con el numeral 2° del mencionado artículo 10°, las entidades prestadoras de servicios de salud deberán garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios, promoviendo además planes de capacitación a sus empleados para favorecer los procesos de inclusión de este grupo de personas. Dichas entidades deberán garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, y establecer también programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud (Art. 10°, numeral 2, literales a, b, c y d). Asimismo, se exhorta a estas entidades para que eliminen cualquier medida o procedimiento administrativo o de cualquier otra índole que, directa o indirectamente, impida a este grupo poblacional el acceso a estos servicios de salud (Art. 10°, numeral 2, literal e).

El artículo 11 hace referencia al derecho a la educación de las personas con discapacidad, expresando que

El Ministerio de Educación Nacional definirá la política y reglamentará el esquema de atención educativa a la población con necesidades educativas especiales, fomentando el acceso y la permanencia educativa con calidad, bajo un enfoque basado en la inclusión del servicio educativo.

Este artículo impone un listado de deberes al Ministerio de Educación Nacional, a las entidades territoriales certificadas y a los establecimientos educativos de carácter público y privado. Así pues, de conformidad con el numeral 1° del artículo 11, el Ministerio de Educación, en relación con la educación preescolar básica y media, deberá promover una cultura de respeto a la diversidad desde la perspectiva de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales, reconociéndolos como sujetos de derecho y facilitando su integración en los establecimientos educativos oficiales y privados (Art. 11, numeral 1°, literal a). También deberá garantizar a estas personas una educación con calidad, realizar seguimiento a la implementación de las estrategias para el ingreso y la permanencia educativa, y asegurar además la enseñanza primaria gratuita así como el acceso general de los jóvenes y adultos con discapacidad a la educación superior, la formación profesional, la educación para el trabajo y el aprendizaje durante toda la vida, en igualdad de condiciones

con las demás. Finalmente se dispone que las personas con discapacidad que ingresen a una universidad pública pagarán el valor de matrícula mínimo establecido por la institución de educación superior (Art. 11, numeral 1°, literales b, h y k).

En relación con la educación superior, la ley establece que el Ministerio de Educación Nacional deberá consolidar la política de educación inclusiva y equitativa de conformidad con el artículo 24 de la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, incorporando el componente de accesibilidad como elemento necesario dentro de las estrategias e instrumentos de verificación de las condiciones de calidad de la educación superior. Asimismo, establece que el Ministerio deberá crear incentivos para que las instituciones de educación superior destinen recursos para el avance de investigaciones y programas destinados al desarrollo de tecnologías inclusivas y la implementación del diseño universal de manera gradual (Art. 11, numeral 4, literales a, b y d). De otra parte, el Ministerio de Educación deberá garantizar a las personas con discapacidad el acceso, en condiciones de igualdad, a una educación superior inclusiva y de calidad, lo que incluye la permanencia en el sistema educativo, y también deberá incentivar el diseño de programas de formación de docentes regulares para la inclusión educativa de la diversidad, la flexibilización curricular y, en especial, la enseñanza a todas las personas con discapacidad bajo estándares de calidad (Art. 11, numeral 4, literales e y f).

Respecto a las entidades territoriales certificadas en educación, el artículo 11 de la ley estatutaria dispone que ellas deberán promover una movilización social que conlleve el reconocimiento de los niños y jóvenes con discapacidad como sujetos de la política y no como objeto de medidas de asistencia social, fomentando en sus establecimientos una cultura inclusiva y una educación que desarrolle las competencias básicas de los menores (Art 11, numeral 2, literales a y b). También dispone que las mencionadas entidades deberán realizar acompañamiento a los establecimientos educativos para detectar las barreras que impidan el acceso, permanencia y calidad del sistema educativo de los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales, proveyendo los servicios de apoyo educativo necesarios para la inclusión en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad (intérpretes, guías-intérpretes, modelos lingüísticos, personal de apoyo, personal en el aula y en la institución, entre otros); ajustar, además, el modelo pedagógico para eliminar las barreras y asegurar la permanencia de las personas con discapacidad, todo

en el marco de la inclusión (Art 11, numeral 2, literales c, d y j). Asimismo establece que las entidades territoriales deberán fomentar la prevención sobre cualquier caso de discriminación de estudiantes con discapacidad en los establecimientos educativos estatales y privados (Art 11, numeral 2, literal i).

En relación con los establecimientos educativos estatales y privados, la Ley 1618 dispone que aquellos deberán detectar los niños, niñas y jóvenes de su entorno que sean susceptibles de atención integral para garantizar su acceso y permanencia educativa en el marco de la inclusión, de acuerdo con los lineamientos del Ministerio de Educación (Art. 11, numeral 3, literal a y c). También dispone que los establecimientos deberán identificar las barreras que impidan el acceso de las personas con necesidades especiales a una educación con calidad, adaptando sus currículos y en general todas las prácticas metodológicas y pedagógicas, y propender por que el personal docente sea idóneo para el desarrollo de los procesos de inclusión social, fomentando además su formación y capacitación permanente (Art. 11, numeral 3, literales b, i y h).

Más adelante, el artículo 12 de la ley estatutaria hace mención al derecho a la protección social, y dispone que el Ministerio de Trabajo deberá “establecer mecanismos que favorezcan la formalización del empleo de las personas con discapacidad, así como programas de aseguramiento en riesgos laborales y no laborales” (Art. 12, numeral 1°). En virtud de la ley en comento, el Ministerio de Trabajo deberá adoptar programas de apoyo a las madres y padres de personas con discapacidad desde la gestación, y durante los primeros dos años de vida de la niña y/o el niño; también deberá garantizar que los servicios y programas de bienestar, promoción social y compensación familiar incorporen mecanismos para la plena inclusión de las personas con discapacidad, para lo cual insta a la adopción de mecanismos de seguimiento (Art. 12, numerales 2° y 4°). Asimismo, encomienda a las entidades territoriales competentes definir o en su caso fortalecer un programa de apoyo y acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad, debidamente articulado con otras estrategias de inclusión y de desarrollo social (Art. 12, numeral 3°).

El artículo 13 de la ley 1618 de 2013 dispone que todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009. De acuerdo con este artículo,

el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores (Art. 13, numeral 1).

Asimismo se establece que el Ministerio de Trabajo deberá garantizar la capacitación y formación para el trabajo de las personas con discapacidad y de sus familias, fomentando programas de inserción laboral mediante estrategias de promoción dirigidas hacia el sector empresarial, e incentivando además los servicios de acompañamiento a las empresas (Art. 13, numeral 2, literal a y b). De acuerdo con el mencionado artículo, el Ministerio deberá implementar planes y programas de inclusión y de generación de ingresos flexibles para las personas que por discapacidad severa o discapacidad múltiple no logren vincularse a los sistemas de producción rentables o empleos regulares; que para tal efecto, el Ministerio deberá adoptar programas asistenciales de generación de empleo que garanticen ingresos dignos y en las condiciones de seguridad social que correspondan (Art. 13, numeral 2°, literal c). También se conmina al Estado, a través de todos sus órganos y entidades en los diferentes niveles de la administración, para que en coordinación con el departamento administrativo de la función pública se vincule un porcentaje de personas con discapacidad dentro de los cargos existentes (Art. 13, numeral 2, literal f).

Respecto al acceso y accesibilidad, el artículo 14 de la ley estatutaria sobre discapacidad preceptúa:

Como manifestación directa de la igualdad material y con el objetivo de fomentar la vida autónoma e independiente de las personas con discapacidad, las entidades del orden nacional, departamental, distrital y local garantizarán el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, el espacio público, los bienes públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales.

Se dispone que, para tal fin, las entidades de naturaleza pública o privada encargadas de la prestación de los servicios públicos deberán desarrollar sus funciones y competencias siguiendo los postulados del diseño universal, implementando los ajustes razonables que sean necesarios de manera que no se excluya o limite el acceso a ninguna persona por motivo de su discapacidad (Art. 14, numeral 1°). También se establece que el servicio público del transporte deberá ser accesible a todas las personas con discapacidad, e indica que todos los sistemas de transporte que se contraten a partir de la promulgación de la presente ley deberán ajustarse a los postulados del diseño universal; agrega además que los ajustes razonables deberán ser asumidos por el responsable de la prestación del servicio (Art. 14, numeral 2°).

El mencionado artículo 14 establece que las entidades municipales y distritales deberán diseñar en el término máximo de un año a partir de la promulgación de la presente ley un plan de adecuación de vías y espacios públicos, efectuándose los ajustes razonables necesarios para avanzar progresivamente en la inclusión de las personas con discapacidad, e implementando también las medidas necesarias para eliminar los obstáculos y para asegurar la accesibilidad universal de todas las personas con discapacidad al ambiente construido, transporte, información y comunicación, asegurando de ese modo las condiciones para que las personas con discapacidad puedan vivir independientemente (Art. 14, numerales 3° y 4°). Finalmente se preceptúa que las entidades de educación superior, los teatros, auditorios, cines y espacios culturales destinados para eventos públicos, escenarios deportivos, recreativos y culturales, entre otros, adecuarán sus instalaciones para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad (Art. 14, numerales 9, 10 y 11).

El derecho al transporte está regulado en el artículo 15 de la Ley 1618 de 2013, que dispone que las personas con discapacidad tienen derecho al uso efectivo de todos los sistemas de transporte, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 20 de la Ley 1346 de 2009. De ese modo, se conmina al Ministerio de Transporte y demás entidades relacionadas para que garanticen que los sistemas de transporte integrado masivo cumplan, en su totalidad, con las normas sobre accesibilidad, asegurando que las vías, aeropuertos y terminales se adapten a las personas con discapacidad, y que la señalización de estos lugares cuente con el uso de símbolos adecuados en el marco del diseño universal (Art. 15, numerales 1°, 2° y 3°). Finalmente se dispone que los vehículos que transporten a una

persona con discapacidad de manera habitual estén exentos de las restricciones de movilidad, y le fija al Ministerio de Transporte un plazo máximo de seis meses para reglamentar esta materia específica (Art. 15, numeral 6°).

A continuación, el artículo 16 de la ley estatutaria dispone que las personas en situación de discapacidad tengan derecho al ejercicio efectivo del derecho a la información y de acceso a las comunicaciones en condiciones de igualdad. De ese modo, se insta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que adelante un proyecto que permita masificar la utilización de *software* libre de los programas para personas con discapacidad (Art. 16, numeral 1°). En virtud de este artículo, el ministerio de este ramo deberá desarrollar programas que faciliten, a las personas con discapacidad, el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones dando estricto cumplimiento a las normas vigentes sobre acceso a la información en los medios de comunicación, propiciando además en los espacios televisivos de los canales estatales la interpretación en lengua de señas colombiana y/o *closed caption*, y/o con subtítulos (Art. 16, numerales 2, 3 y 4). La ley también insta al ministerio para que adelante planes de capacitación en tecnologías de la información y las comunicaciones para personas con discapacidad sensorial y con deficiencias específicas que alteren las competencias para comunicarse a través del lenguaje verbal (Art. 16, numerales 7° y 9°).

El derecho a la cultura está regulado en el artículo 17 de la ley 1618 de 2013, que dispone que el Ministerio de Cultura deberá promover la inclusión de las personas en situación de discapacidad a los servicios culturales que se ofrecen a los demás ciudadanos, garantizando que los espacios y monumentos culturales cumplan con las normas de accesibilidad física y ambiental especialmente en el área de la información y comunicación (Art. 17, numerales 1° y 2°). En virtud de esta ley se conmina al Ministerio de Cultura para que fomente y visibilice las expresiones artísticas y comunicativas del colectivo en mención, a través de las cuales se podrán evidenciar, además, sus destrezas y potencialidades (Art. 17, numeral 6°). También se dispone que el Ministerio de este ramo deberá garantizar la participación de las personas con discapacidad en el conjunto de actividades culturales que se realicen en todos los niveles de la administración pública, promoviendo además la difusión y el ejercicio de los derechos culturales así como el derecho al reconocimiento de su identidad cultural (Art. 17, numerales 7, 9 y 15).

El artículo 18 de la ley en comento establece mecanismos para la promoción del derecho a la recreación y el deporte, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1346 de 2009. En virtud del mencionado artículo 18, el Estado, a través del Ministerio de Cultura, del Ministerio de Educación y Coldeportes, garantizará el derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte de las personas con discapacidad. De ese modo se conmina a las mencionadas entidades estatales para que garanticen dichas actividades, a través del modelo de la inclusión y de accesibilidad a los escenarios deportivos, disponiendo además de áreas de entrenamiento y de un sistema de apoyo médico y terapéutico (Art. 18, numeral 1°, 3° y 7°). De conformidad con esta ley estatutaria, el Estado deberá promover los ajustes necesarios y abrir espacios de formación deportiva en condiciones de igualdad, motivando además a las organizaciones de discapacidad cognitiva, sensorial y física para que sean parte activa de la vida cultural y recreativa (Art. 18, numerales 8 y 10).

El artículo 19 de la ley 1618 hace mención al acceso a las prácticas turísticas, al establecer que el Ministerio Comercio, Industria y Turismo deberá promover dentro del sector turístico la adecuación de la infraestructura turística para personas con discapacidad y la aplicación de tarifas diferenciales para este grupo de la población colombiana.

Respecto al derecho a la vivienda, el artículo 20 de la presente ley, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1346 de 2009, dispone que el Estado deberá garantizar este derecho a las personas con discapacidad y conmina al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para que asegure que todo plan de vivienda de interés social incluya las normas sobre diseño universal y accesibilidad a las áreas comunes y al espacio público. También se establece que el Ministerio deberá propender prioritariamente por la asignación de subsidios de vivienda para las personas con discapacidad de los estratos 1, 2 y 3, garantizando además que, del total de subsidios de vivienda, se asigne como mínimo un 5 % de ellos para ajustes locativos a las viviendas y adquisición de vivienda nueva en favor de este grupo específico de personas (Art. 28, numerales 1° y 3°).

Finalmente, en cuanto al elenco de derechos el artículo 21 de la precitada ley estatutaria prescribe que el Estado garantizará el acceso a la justicia del colectivo en mención, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1346 de 2009 o ley aprobatoria de la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Así pues, dicho

artículo 21 insta al Ministerio de Justicia y del Derecho para que implemente planes de capacitación dirigidos a los funcionarios, para la atención de casos de vulneración de los derechos de las personas en situación de discapacidad, así como programas de formación orientados a la comprensión de la discapacidad, y promueva además los servicios de apoyo requeridos para asegurar a este colectivo de personas el acceso a la justicia en igualdad de condiciones respecto de los demás (Art. 21, numeral 1°).

Asimismo dispone que el Ministerio de Justicia y del Derecho deberá propender por el diseño e implementación de ajustes y reformas al sistema de interdicción judicial,

de manera que se desarrolle un sistema que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (Art. 21, numeral 2°).

Por su parte, el Capítulo II del Título IV de la ley 1618 de 2013 se titula “De la participación ciudadana de las personas con discapacidad” e indica, en el artículo 22, que la participación en la gestión administrativa se ejercerá por las personas con discapacidad y por sus organizaciones en los términos de la Constitución Política y la Ley 134 de 1994, y en concordancia con lo dispuesto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1346 de 2009. De ese modo se insta al Ministerio del Interior para que adopte medidas orientadas a la creación y funcionamiento de las Organizaciones de personas con discapacidad, y al fortalecimiento y aseguramiento de su sostenibilidad y de la garantía de su participación plena y efectiva en la adopción de todas las decisiones que los afectan.

En relación con lo anterior, el artículo 23 de la ley estatutaria establece que el colectivo de personas con discapacidad y sus organizaciones ejercerán el control social a todo el proceso de gestión pública relacionada con las políticas, planes, programas y acciones relacionados con la atención a esta población, para lo cual se podrán constituir además veedurías ciudadanas y adoptar otras modalidades de control social, de tal manera que las personas en situación de discapacidad, además, puedan participar activamente en los eventos de rendición de cuentas que presenten los distintos órganos y entidades vinculadas a la política pública sobre discapacidad (Art. 23, numeral 2).

Dicha participación se proyecta en diferentes ámbitos, según lo que establece el artículo 24 de la Ley 1618, que indica que las personas con discapacidad y sus organizaciones podrán participar en el diseño, implementación, seguimiento y veeduría de la política pública de discapacidad; en la formulación y ejecución de las políticas y la planificación de los procesos culturales; en la toma de decisiones sobre aspectos sociales, económicos, ambientales, político, educativo, etc.; y en el seguimiento e implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros (Art 24, numerales 1, 3, 4 y 5).

El numeral 6 del artículo en mención dispone:

Las personas con discapacidad tendrán derecho a actuar por sí mismas, teniendo en cuenta sus capacidades, respetando la facultad en toma de decisiones con o sin apoyo. En caso contrario se les garantizará la asistencia jurídica necesaria para ejercer su representación.

El artículo 25 de la ley en comento, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1346 de 2009, se refiere a la participación de las mujeres con discapacidad. Dicho artículo 25 conmina al Estado para que diseñe planes y proyectos de carácter nacional y de cooperación internacional que permitan hacer efectivos los derechos de las mujeres con discapacidad, promoviendo la participación activa de este colectivo y de las organizaciones representativas dentro del proceso de adopción e implementación de dichos programas (Art. 25, numeral 4°). A través del mencionado artículo 25, se insta al Estado para que detecte las situaciones que propician los actos de violencia ejercidos contra las mujeres y niñas con discapacidad, y asimismo para que dé visibilidad a dicha situación; también se conmina al Estado para que realice estudios encaminados a adoptar las medidas necesarias que eviten la discapacidad de mujeres y niñas por problemas de salud pública, brindando atención directa y personalizada a cada niña o mujer con discapacidad, especialmente cuando sea víctima de la violencia de género (Art. 25, numerales 5, 6 y 7).

Adicionalmente a los mecanismos constitucionales de control con que cuenta el Estado colombiano, el artículo 26 de la ley estatutaria dispone que el Consejo Nacional de Discapacidad evaluará cada cuatro años la eficacia de las acciones afirmativas, los ajustes razonables y la sanción a la discriminación, a través de lo cual se buscará establecer el cumplimiento de los objetivos propuestos con la expedición de la presente ley.

Finalmente, en cuanto al régimen sancionatorio, el artículo 31 dispone que

la omisión a las obligaciones impuestas por la presente ley por parte de los empleados públicos; los trabajadores oficiales; los miembros de corporaciones de elección popular; los contratistas del Estado y los particulares que cumplan funciones públicas, del orden nacional, departamental y municipal, en el sector central y descentralizado, y en cualquiera de las ramas del poder, se considerará falta grave en los términos del régimen disciplinario.

Es de anotar que respecto a la normativa anteriormente referenciada, claramente la ley estatutaria se ajusta mejor a los lineamientos de la CDPD. No obstante, es una ley que se queda corta en el desarrollo del artículo 12 de la Convención por cuanto sujeta la autonomía a la posibilidad de recuperación.

Obsérvese que el artículo 9° consagra el derecho de habilitación y rehabilitación, lo que se vincula, según el propio articulado, a la posibilidad de lograr una mayor independencia en la capacidad física, mental y vocacional. Como es una ley que establece disposiciones generales para que cada ámbito sea regulado o ejecutado por un órgano administrativo, dentro de este apartado se conmina específicamente a la Comisión de Regulación en Salud y al Ministerio de Salud y Protección para que se incluyan dentro de los planes de seguridad social servicios integrales de habilitación y rehabilitación (asistencia domiciliaria, zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, etc.), evitando así el aislamiento.

Pues bien, a través de esta disposición lo que realmente se garantiza es la posibilidad de acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación, pero no la posibilidad de tomar decisiones en ejercicio de la capacidad jurídica. Lo anterior obedece a que, más allá de ser una ley que tiene por objeto asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, realmente termina por enfocarse en el reconocimiento de los derechos de carácter prestacional.

Ahora bien, pese a que la Ley 1618 centra la estrategia de protección en la “adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando de toda

forma de discriminación por razón de discapacidad”, tal como se dispone en el artículo 1°, solamente fija algunas directrices generales para que se regulen en un momento posterior.

Documento Conpes Social 166 de 2013

Mediante el Documento Conpes Social 166 se desarrolla la política pública de discapacidad e inclusión social²¹⁵. Dicho documento se alinea con el modelo biopsicosocial, que integra los postulados de los modelos médico y social. En este sentido se indica que

es posible establecer un lazo entre los distintos niveles (biológico, personal y social) que sustentan la discapacidad y desarrollar políticas y actuaciones dirigidas a incidir de manera equilibrada y complementaria sobre cada uno de ellos. Se facilita, además, gracias a esta visión integradora, el establecimiento de una diferenciación entre los distintos componentes de la discapacidad, por ejemplo, entre las deficiencias, las actividades personales y la participación en la sociedad, lo cual nos clarifica la naturaleza de las actuaciones que son requeridas y los niveles a los que dichas actuaciones han de estar dirigidas²¹⁶.

En virtud del documento en comento dicho modelo se encuentra acorde a las exigencias de la CDPD, toda vez que en esta última se indica que

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás²¹⁷.

Se exalta la importancia de replantear el enfoque tradicional de la política pública de discapacidad, apostándole a “unas políticas de desarrollo humano con un enfoque de derechos”²¹⁸. Se entiende que esta nueva perspectiva permitirá garantizar el acceso a múltiples espacios como los sociales, culturales, políticos y económicos en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

²¹⁵ Documento Conpes Social 166. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Bogotá. Diciembre 9 de 2013.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 15.

²¹⁷ *Ibid.*, pp. 15-16.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 16.

Así, se garantiza un acceso progresivo al desarrollo, a la seguridad y al ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Se señala que la política pública se enfoca en el desarrollo de la inclusión en Colombia, en donde ya no solo se considerará la salud de las personas con discapacidad sino también las consecuencias que la salud de estas personas tendrá en relación con los demás aspectos de sus vidas tales como la relación familiar, los contextos político, social y económico²¹⁹.

El documento indica que la nueva política se desarrollará según varios enfoques: el enfoque de derechos, el enfoque diferencial, el enfoque territorial y el enfoque de desarrollo humano. El enfoque de derechos significa que la inclusión efectiva de las personas con discapacidad consiste en reconocerlas como titulares de derechos que son de obligatoria protección y garantía por parte del Estado. De esta manera,

El objetivo ya no es la satisfacción de necesidades, sino la realización de derechos. La formulación de una política pública a partir del enfoque de derechos significa construir e implementar un modelo equitativo en la distribución de los beneficios, entendido como el derecho a la habilitación/rehabilitación integral, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la protección social, derecho al trabajo, a la accesibilidad, al transporte, a la información y telecomunicaciones, a la cultura, a la recreación y al deporte a la vivienda, a la participación en la vida política y pública entre otros, orientados al mejoramiento de las capacidades de las personas y la ampliación de sus oportunidades²²⁰.

El enfoque diferencial consiste en comprender “las condiciones y posiciones de los distintos actores sociales como sujetos de derecho, desde una mirada de género, etnia e identidad cultural, discapacidad o ciclo vital”²²¹.

El enfoque territorial busca pasar de formular políticas que privilegien visiones fraccionadas de la realidad, a la formulación de unas políticas que favorezcan la “multidimensionalidad del espacio”, bien sea económica, social, política, ambiental, cultural, entre otros²²².

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*, p. 17.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

El enfoque de desarrollo humano busca situar a las personas en el centro de toda la política, toda vez que el propósito de la misma es ampliar las libertades a partir de las opciones de vida. Según lo anterior, las personas con discapacidad son beneficiarias del desarrollo, y a su vez son agentes de progreso y cambio que hacen posible el primero.²²³ Este proceso debe tener como parámetro el beneficio equitativo para todas las personas, en donde se “permita la realización de los individuos, lo cual implica que estos tengan garantizados los medios necesarios para hacer uso de sus capacidades”²²⁴.

En el documento Conpes se identifican un objetivo central y unos objetivos específicos. El objetivo central consiste en “garantizar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las PcD [personas con discapacidad], a través del fortalecimiento de la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social”²²⁵.

Los objetivos específicos consisten en:

- Generar y promover procesos de gestión pública que sean eficientes, efectivos, articulados y transparentes, y que se traduzcan en el diseño e implementación de planes y programas orientados a las PcD a nivel nacional y territorial.
- Garantizar el acceso efectivo a la justicia, al pleno reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica de las PcD.
- Promover la organización, articulación, movilización e incidencia política de las PcD, sus familias y cuidadores, en los diferentes ámbitos, incluyendo la participación en el direccionamiento de los asuntos públicos y en las organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, al igual que en la constitución de organizaciones de PcD.
- Generar y fortalecer el desarrollo humano de las PcD traducido en un aumento de sus capacidades, la de sus familias y cuidadores, y la equiparación de oportunidades para el desarrollo y participación en todos sus ámbitos.
- Generar un cambio en la conciencia de las familias, la sociedad y el Estado, frente al reconocimiento de las PcD como parte de la diversidad humana y su dignidad inherente,

²²³ *Ibid.*, p. 18.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, p. 31. PcD es una abreviación que se utiliza en el Documento Conpes N° 166 para hacer referencia a las personas con discapacidad.

retomando los principios del respeto por la diferencia y la accesibilidad universal, en busca de una sociedad incluyente y construida para todos y todas.

El documento Conpes plasma cinco estrategias según las cuales se desarrollará la nueva política pública sobre la discapacidad. La primera de ellas es la estrategia para la transformación de lo público, que tiene el propósito de promover procesos de gestión pública que sean eficientes, efectivos, transparentes y articulados, de modo que se puedan diseñar e implementar planes y programas en todos los niveles de planeación. Corresponde al gobierno implementar medidas que mejoren la información sobre la discapacidad como el Observatorio Nacional de Discapacidad, entre otros. De igual manera, esta estrategia busca definir las medidas para la inclusión en el nivel laboral, en el transporte, en la fuerza pública, para la atención y superación de la pobreza extrema, entre otros²²⁶.

La segunda es la estrategia para la garantía jurídica. Consiste en que se establecerán mecanismos que aseguren que las personas con discapacidad tengan los apoyos que requieran para el ejercicio de su capacidad jurídica. También se dispondrán las salvaguardas que impidan abusos según lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos. Finalmente, se garantizará que todas aquellas personas privadas de la libertad sean titulares de las mismas garantías que las demás personas en idéntica condición. Todo lo anterior se dispondrá con la intención de garantizar el acceso efectivo a la justicia y el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica²²⁷.

La tercera estrategia es la de participación en la vida política y pública, cuyo propósito es fortalecer la participación de las personas con discapacidad. El gobierno nacional prestará una función de asesoría y acompañamiento a las organizaciones sociales de personas con discapacidad, a las familias y a los cuidadores, entre otros, promoviendo la organización, la articulación, movilización e importancia política de las personas con discapacidad, lo que incluye la participación en la vida pública y política de la Nación²²⁸.

La cuarta estrategia gira en torno al fortalecimiento de las capacidades de las personas con discapacidad. También busca la equiparación de oportunidades para el desarrollo y la

²²⁶ *Ibid.*, pp. 31-32.

²²⁷ *Ibid.*, p. 33.

²²⁸ *Ibid.*

participación en todos los ámbitos. Se fortalecerá radicalmente el sistema de salud en todo lo atinente a las personas con discapacidad; del mismo modo se procederá frente a la educación. Adicionalmente, el ICBF dispondrá los apoyos necesarios en materia educativa. Esta estrategia también se orientará a desarrollar y fortalecer la capacidad y la inserción de las personas con discapacidad en materia laboral, brindando formación y acceso a la información²²⁹.

La quinta es la estrategia para el reconocimiento de la diversidad y busca generar cambios en el imaginario social frente al reconocimiento que se hace de las personas con discapacidad como parte integrante de la diversidad humana y de la dignidad inherente a la humanidad. Esta estrategia se dedica a contemplar los principios de respeto por la diferencia, de accesibilidad universal, para así lograr una sociedad incluyente. A fin de lograr este cometido también se promoverá y favorecerá la importación, el desarrollo, la producción y la distribución de toda clase de sistemas y tecnologías de la información que sean accesibles para las personas con discapacidad²³⁰.

El numeral VII del documento Conpes 166 se dedica a regular la financiación de la política pública sobre discapacidad. Finalmente, en el numeral VIII se elabora una serie de recomendaciones específicas²³¹ al gobierno para hacer efectiva la política pública, entre otras, y solicita al Ministerio de Educación Nacional que implemente el “Programa Nacional de Alfabetización para jóvenes con discapacidad en extraedad y adultos con discapacidad, realizando los diseños y ajustes curriculares pertinentes (...)”²³².

Como puede observarse, la política pública en comento desarrolla de manera general diversas estrategias de inclusión y participación de las personas con discapacidad. Dichas estrategias incluyen con carácter transversal contenidos propios del modelo social, a saber: accesibilidad universal, dignidad humana, respeto por la diferencia, equiparación de oportunidades, entre otros.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 34-35.

²³⁰ *Ibid.*, p. 35.

²³¹ Las recomendaciones que se enuncian pueden ser consultadas en las páginas 37-44 del documento Conpes N° 166.

²³² *Ibid.*, p. 38.

Es importante destacar el enfoque de la estrategia cuatro, que hace referencia al desarrollo de las capacidades. Esta estrategia gravita en torno a los tres ejes clásicos de intervención: salud, educación y empleo. La crítica que puede realizarse a esta importante normativa es que, pese a que adopta lineamientos que resultan determinantes para el reconocimiento de derechos en un plano de igualdad, no resulta suficiente para garantizar su pleno ejercicio, dado que no resuelve el problema acerca de la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica.

1.3.4. Régimen general de la capacidad jurídica en Colombia.

Antecedentes

Tal como acontece en la mayoría de países latinoamericanos, la legislación civil ha recibido un fuerte influjo de la tradición romanista en lo que se refiere a las instituciones del Derecho privado. A continuación se pasará a revisar la regulación de la capacidad jurídica en Colombia, no sin antes hacer una breve mención sobre el modelo que se ha tomado como referencia para su construcción.

1.3.4.1. La capacidad jurídica en el derecho romano

En el derecho romano la capacidad jurídica consistía en la “aptitud para ser sujeto de derechos” (Pumar, 2005, p. 91), y se reconocía tal atributo solamente a los hombres que pudiesen acreditar el estatus de libertad (*status libertatis*) y la ciudadanía romana (*status civitatis*) (Pumar, 2005, p. 92).

El *status libertatis* en el derecho romano se definió como “aquella facultad natural de hacer lo que se quiera, menos lo que está vedado por el derecho o impedido por la violencia” (Pumar, 2005, p. 93). Esta era una facultad que no se reconocía a todos los hombres; de ahí que se distinguiera entre libres y esclavos (Pumar, 2005, p. 93). Estos últimos se encontraban privados de toda capacidad jurídica, salvo que se utilizara la figura de la manumisión que hacía que el esclavo pasara a ser considerado como un ciudadano romano (Pumar, 2005, p. 94).

El *status civitatis* consistía en que el Derecho romano solamente se aplicaba a los ciudadanos romanos. De este modo se elaboraron distinciones entre los ciudadanos romanos y los extranjeros (*peregrini*). Los *peregrini* a su vez se dividieron en dos clases: *peregrini hostis*, que consistían en enemigos rendidos ante Roma, que conservaban su territorio, la administración de él y su derecho, con la característica de una continua vigilancia e intervención por parte de los gobernadores de la provincia. Y los *peregrini dediticii*, que eran quienes habían opuesto una fuerte resistencia a los romanos por lo que se les suprimía toda autonomía política; tampoco conservaban su derecho y su capacidad se restringía a las normas del *ius gentium* (Pumar, 2005, p. 95).

En el derecho romano era posible que la capacidad se perdiera o se modificara. La capacidad podía perderse a través de dos formas: natural y jurídica. La pérdida natural de la capacidad se da cuando el individuo muere, ya que “un muerto no necesita derechos” (Pumar, 2005, p. 96). La pérdida jurídica de la capacidad se daba mediante la *capitis deminutio*, que a su vez se subdividía en tres formas: la *capitis deminutio* máxima, la *capitis deminutio* media y la *capitis deminutio* mínima. La *capitis deminutio* máxima surgía cuando se perdía el *status libertatis* (el hombre se hacía esclavo), lo que implicaba la pérdida del *status civitatis*. La *capitis deminutio* media aparecía cuando se ingresaba a otra colonia romana como consecuencia de una expatriación del reo condenado, a quien se le retiraba el *status civitatis*. La última de ellas, la *capitis deminutio* mínima, ocurría en los casos en que se dejaba de pertenecer a la *familia agnaticia*, consecuencia de la *adoptio* o la *arrogatio*, entre otros (Pumar, 2005, p. 96).

En tratándose del *status familiae*, se hace evidente que este se entrelazaba con el *status civitatis*, permitiendo así que se formara en un determinado momento una familia romana. Esta se constituía no solo por los que se encontraban sujetos a un *pater* en común, sino por todos aquellos que se incluyeran por medio de la agnación, la *arrogatio* y la *adoptio*. La consanguinidad se construía a partir de un jefe en común que tenía descendencia (Pumar, 2005, p. 96).

En la condición de la edad se hizo distinción entre los *impubes* y los *pubes*: los primeros eran los “que no habían alcanzado un desarrollo físico suficiente para la generación, lo cual presuponía un escaso desarrollo intelectual” (Pumar, 2005, p. 99). Entre los *impubes* se encuentra la categoría de los “infantes”, menores de siete años que carecían de toda

capacidad de obrar. De modo que si el *impube* había superado esta edad adquiría capacidad de actuar siempre con la intervención de un tutor (Pumar, 2005, p. 99).

La salud mental influyó sobre la capacidad ya que los *furiosi* (dementes) y los *mentecati* (idiotas) carecían de toda capacidad de obrar, por lo que precisaban de la intermediación de un curador que tenía como función suplir el vacío de la capacidad (Pumar, 2005, p. 100).

El derecho romano tuvo la virtud de trascender en el tiempo al ser recibido por los ordenamientos jurídicos de distintos países. La recepción del derecho romano se produjo desde dos aristas: por un lado, por las enseñanzas que los glosadores y comentaristas hicieron del derecho romano, quienes lo enseñaron como un derecho con carácter universal a los juristas de otras regiones europeas que iban a educarse a las universidades italianas. Y por el otro, se difundieron los principios del *corpus iuris civilis* que se encontraban inmersos en la literatura jurídica (González, 2007, pp. 129-130).

1.3.4.2. La capacidad jurídica en el derecho colombiano

El derecho colombiano adoptó las instituciones jurídicas del Derecho romano. La cátedra universitaria del *corpus iuris civilis* fue obligatoria para la época de 1830, cuando debían explicarse las instituciones del Derecho romano según la doctrina expuesta por Justiniano y Heineccio. Adicionalmente, Andrés Bello complementó las ideas de Heineccio con adiciones a los contenidos normativos y con varias notas explicativas (González, 2007, pp. 133-134) que incluyó en su adaptación del *Code Civil* francés al Código Civil chileno, que se constituyó en punto de referencia para el desarrollo de las normas de Derecho privado adoptadas en Latinoamérica.

En el Derecho colombiano se estableció una presunción general, según la cual las personas al cumplir los dieciocho años de edad adquieren la capacidad de obrar. Dicha presunción es *iuris et de iure*, por lo que no admite prueba en contrario, mientras que la presunción de que los mayores de dieciocho años tienen capacidad de obrar es una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contra (Valencia y Monsalve, 2006, p. 542).

La doctrina colombiana ha definido la capacidad jurídica como la “aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos” (Valencia y Monsalve, 2006, p. 540).

La capacidad de goce indica la posibilidad de que los derechos queden radicados en cabeza de una persona, mientras que la capacidad de ejercicio consiste en que para poder ejercer un determinado derecho patrimonial deba tenerse una voluntad plenamente desarrollada. Así, pues, podría concluirse que la capacidad de goce recae en todas las personas sin necesidad de tener lo que Valencia Zea denomina una “voluntad reflexiva”, mientras que para el caso de la capacidad de ejercicio sí se requiere la presencia de ella (Valencia y Monsalve, 2006, p. 541).

Desde su expedición, el Código Civil colombiano hizo una división entre la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa. Sobre la primera, el artículo 1504 disponía que tanto los infantes como los impúberes se consideraban como incapaces absolutos. Al tenor del mismo artículo, los menores adultos se considerarían como incapaces relativos, permitiendo que celebrasen ciertos negocios jurídicos siempre bajo la asistencia de un representante legal o de un curador.

La presunción general de capacidad por ser mayor de edad también podía verse restringida por situaciones referentes a la salud mental, que a su vez generaban la incapacidad. Se entiende como enfermedad mental toda aquella “que altera la voluntad de una persona sea porque la destruye o porque la vicia” (Valencia y Monsalve, 2006, p. 546).

El régimen de capacidad legal vino a ser modificado parcialmente por la *Ley 1306 de 2009*, mediante la cual “se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”.

Es una normativa que a pesar de haberse presentado en su momento como garantista y de avanzada, mantuvo vigente el esquema de sustitución, pues basaba su estrategia de protección en las mismas figuras de representación que ya se manejaban en Colombia desde finales del siglo XIX, momento en que se expide el código civil: la interdicción para conjurar situaciones de incapacidad absoluta y la inhabilitación para conjurar situaciones de incapacidad relativa. Dicha ley se analizará en el capítulo siguiente.

2. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad por vía jurisprudencial. Una mirada al nuevo panorama de la justicia constitucional colombiana

2.1. El constitucionalismo como movimiento ideológico y como nueva forma de concebir el Derecho

El constitucionalismo es un término muy extenso que recoge diversas concepciones e ideologías que giran en torno a la idea democrática de libertad y que nace de un mismo punto de reflexión: la necesidad de fijar límites al poder político.

Tal como lo describe Luigi Ferrajoli, es posible distinguir dos enfoques del constitucionalismo: el político y el jurídico (Ferrajoli, 2011, pp. 16 y ss.). La expresión “constitucionalismo político” equivaldría a la imposición de límites a los poderes públicos con el fin de garantizar espacios vitales de libertad. Por su parte, el “constitucionalismo jurídico” hace referencia a la organización de las fuentes de producción normativa (sistema jurídico) y a la configuración de reglas y procedimientos que fijan un vínculo entre las normas jurídicas y los contenidos de justicia que han sido recogidos en una norma superior (teoría del Derecho)²³³. De ese modo, mientras que el constitucionalismo clásico se centra en la dimensión política, el constitucionalismo contemporáneo hace énfasis en la dimensión jurídica.

Pese a que el origen del constitucionalismo se sustenta en los planteamientos de la doctrina liberal que encuentran desarrollo inicialmente en Inglaterra a partir del siglo XVII, la recepción de los postulados constitucionales en los diversos modelos jurídicos no se presenta de manera homogénea sino que dentro de cada contexto geográfico y político se asumen dichos postulados de una determinada manera, lo que ciertamente ha dado lugar a que en la práctica se hayan tejido diversas formulaciones respecto al alcance y contenido del Derecho, así como también diversas maneras de interpretar y de darle alcance a la Constitución.

²³³ Según lo precisa Ferrajoli, la proyección jurídica se encuentra especialmente ligada a la experiencia constitucional del siglo XX.

En un principio, el constitucionalismo se concibió como una prodigiosa forma de organización política cuyo objetivo capital consistió en sentar las bases ideológicas para la consolidación del naciente Estado de Derecho (Díaz, 1998). Así pues, la formulación de los derechos como límites objetivos al poder del Estado, la separación de poderes, el imperio de la ley y el control judicial de la actividad de la administración fueron algunas de las técnicas empleadas para reafirmar el ideario liberal de los movimientos revolucionarios.

En nada resultaba pretencioso que el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispusiese que no habría Constitución en aquella sociedad donde no estuviese asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de los poderes.

Cabe anotar que la expresión “Constitución” utilizada en la mencionada Declaración no tiene una connotación normativa sino meramente política, con lo cual se trata de un documento de carácter programático y reivindicativo que define el cauce general de la sociedad pero que carece de fuerza vinculante. Es entonces la “ley” expedida por el Parlamento francés la que dota de sentido los postulados constitucionales²³⁴. Cosa distinta ocurre en los países de tradición anglosajona, en especial en el modelo americano donde se establece desde un comienzo la primacía de los mandatos constitucionales sobre las demás normas del ordenamiento.

Pese a que el constitucionalismo surge en un contexto histórico determinado, bajo el influjo de las corrientes doctrinarias liberales de la época dicho fenómeno adquiere características singulares en cada uno de los sistemas jurídicos donde se asentó. En el caso francés, la revolución burguesa supuso la caída del antiguo régimen y la implantación de la democracia liberal, con lo que se produjo el traslado del poder soberano del monarca absoluto al pueblo. Así pues, la ley como expresión de la voluntad general no solamente vino a restringir el poder de la monarquía²³⁵ y de los antiguos poderes estamentales, sino que además otorgó certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación del Derecho.

²³⁴ En el modelo francés la ley es la garantía de que los ciudadanos no estarán sometidos a ninguna otra autoridad (Fioravanti, 2000, p. 58).

²³⁵ Incluso en las primeras constituciones liberales seguiría existiendo la figura del monarca, aunque con poder político cada vez más reducido.

Dentro de este contexto, el juez no desarrolla una función interpretativa propiamente dicha sino que lleva a cabo un trabajo mecanicista de subsunción o adecuación de los hechos a los supuestos que se han definido previamente en el texto jurídico, ciñéndose entonces su labor exclusivamente a enunciar la voluntad general que se ha expresado a través de normas jurídicas²³⁶.

Por las razones anteriormente expuestas, las primeras etapas del constitucionalismo francés no vinieron acompañadas de una Constitución rígida, dotada de fuerza normativa ni tampoco de mecanismos para su protección²³⁷. En Francia el control de constitucionalidad solamente vendría a implementarse hasta mediados del siglo XX.

No ocurre lo mismo en los países del *Common Law* (Derecho Común). En Inglaterra, si bien no existe Constitución escrita desde los inicios del constitucionalismo los jueces han defendido por vía jurisprudencial la supremacía de las normas del *derecho común* sobre las leyes del Parlamento. Pese a que la revolución inglesa (1688) se da como resultado del triunfo político que obtiene el órgano legislativo sobre el poder regio²³⁸, lo que supone además la reivindicación del viejo y buen derecho de los ingleses, desde los primeros años de instauración del liberalismo el poder judicial ha jugado un papel crucial en el desarrollo del sistema constitucional inglés. La *Magna Charta Libertatum* (1215), la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus Act* (1679), el *Bill of Rights* (1689), entre otros, son los textos que sirven de guía al juez constitucional para interpretar y determinar el alcance de las leyes del Parlamento.

Pero quizás el ejemplo más paradigmático de justicia constitucional (*judicial review*) lo representa el modelo americano. Es de anotar que las declaraciones de derechos, incluso aquellas que antecedieron la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, buscan

²³⁶ Por razones históricas se desconfía de la labor del juez, dada su dependencia y lealtad al poder de la Monarquía, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra donde los mismos jueces juegan un papel clave en la lucha contra el despotismo de los Estuardo.

²³⁷ En el modelo francés, la superioridad política del parlamento y la supremacía de la ley tienen un impacto directo sobre la negación del carácter normativo de la Constitución (Blanco, 2002, pp. 35 y ss.).

²³⁸ En el sistema inglés, la disputa para la consolidación de la soberanía parlamentaria se asienta sobre la idea de la preservación de las tradiciones y prerrogativas previamente reconocidas (historicista), a diferencia de lo que ocurre en el modelo francés, que se define desde la perspectiva del poder emancipatorio de la razón (racionalista). Se evidencia entonces una ruptura con el modelo anterior (antiguo régimen). Cabe destacar que Edmund Burke, escritor y político irlandés, en sus *Reflexiones sobre la revolución francesa* publicadas en 1790, se decantó por el modelo inglés y presentó sus críticas al modelo francés haciendo énfasis en la abstracción de los postulados iusnaturalistas y en el desconocimiento de la tradición legal consuetudinaria de la sociedad europea.

poner límites al poder que mantenía el parlamento inglés sobre las colonias americanas. El modelo americano, en relación con el origen y fundamento de los derechos, se sustenta en los planteos de las corrientes historicista y racionalista, asumiendo que se trata de derechos naturales que han sido expresados a través de la historia y cuyo reconocimiento no debía estar condicionado a los designios del poder estatal, depositando entonces la confianza en un texto escrito de carácter reivindicativo, intocable para el legislador²³⁹.

El descontento de los americanos por el desconocimiento de las prerrogativas dispuestas en el propio derecho inglés —entre lo cual se encontraba la falta de representación de los colonos en el órgano parlamentario²⁴⁰—, y precisamente la desconfianza hacia el legislador británico, llevaron a la declaratoria de independencia de las antiguas colonias, lo que dio lugar a la conformación de los Estados Unidos de América, que se constituyeron bajo una forma de gobierno de república federal y cuya titularidad soberana quedó estatuida en cabeza del poder popular.

Como es apenas lógico, cada uno de los modelos en comento da lugar a diferentes formas de concebir el Derecho, y con ello a una forma distinta de entender el núcleo central de los derechos. Así pues, de acuerdo con el constitucionalismo francés, la soberanía popular se constituye en el principal criterio para determinar la legitimidad del poder. Entonces “si los derechos se incorporan al Derecho es porque han sido decididos democráticamente” (Barranco, 2004a, p. 125). Por el contrario, el desafío del constitucionalismo en el modelo americano es limitar al poder democrático, por lo que “desde esta perspectiva, los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular están en conflicto” (Barranco, 2004a, pp. 124-125).

La cuestión relativa a las restricciones constitucionales, esto es, a la posibilidad de imponer límites al poder democrático mediante compromisos y cláusulas constitucionales ha sido analizada por diversos autores. Así pues, J. Elster, a través de su discurso sobre la paradoja de la democracia indica que “cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras” (Elster, 1995, p. 159). Esta dinámica plantea indefectiblemente

²³⁹ Como bien lo señala Roberto Blanco, “(...) la experiencia constituyente norteamericana en relación con la separación de los poderes se vertebra en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el poder legislativo” (Blanco, 2002, p. 27).

²⁴⁰ Bajo el influjo de este movimiento revolucionario se acuñó el lema “no taxation without representation”, aludiendo a que los impuestos sin representación constituían una tiranía.

una tensión entre dos componentes que suelen presentarse como irresolubles: Democracia vs. Constitución²⁴¹. Dicha tensión ha sido trazada por F. J. Ansuátegui Roig de la siguiente manera: “la democracia implicaría la capacidad permanente de disposición sobre la agenda política, mientras que el constitucionalismo se caracteriza por la presencia de determinadas restricciones en esa agenda” (Ansuátegui, 2013, p. 331).

En el marco del constitucionalismo la precitada tensión se encuadra dentro del binomio *voluntad-razón*; es decir, entre el poder del legislador (voluntad política que personifica la soberanía popular) y el poder del juez (que se justifica en criterios de racionalidad). Esto en la medida en que el Derecho tiene una naturaleza bifronte: es un hecho de voluntad (ejercicio del poder) y además es un hecho de poder vinculado a exigencias de racionalidad. Las distintas concepciones del Derecho varían entonces en función de la posición que se adopte a propósito de la tensión voluntad-razón. Ciertamente, el positivismo hace énfasis en la dimensión de la voluntad mientras que el iusnaturalismo en la corrección de la moral.

La labor de interpretación del Derecho también está determinada por la manera como se resuelva dicha tensión: el juez decimonónico traslada la decisión al legislador. En cambio, al juez que se desarrolla en el marco de la teoría de la argumentación se le exige un esfuerzo adicional para apoyar la decisión en buenas razones.

Como bien lo señala María del Carmen Barranco, la teoría de la interpretación “(...) debe expresar una opción entre una concepción racionalista y una concepción voluntarista del fenómeno jurídico, porque de ella derivan consecuencias muy importantes para la justificación del sentido en el que se entienden los enunciados normativos” (Barranco, 2004a, p. 88).

Siguiendo con la postura de la mencionada jurista, si se opta por una concepción voluntarista “(...) la justificación de la decisión interpretativa depende de la legitimidad del órgano que decide” (Barranco, 2004a, p. 88), con lo cual se tiende a limitar el poder de

²⁴¹ El hecho de que la Constitución sustraiga del poder de las mayorías ciertos espacios de decisión permite a Stephen Holmes concluir que “el constitucionalismo es esencialmente antidemocrático” (Holmes, 1991, p. 218).

decisión del juez en favor de la autoridad democrática. Pero si se adopta una concepción racionalista,

El argumento de la democracia pierde sentido en relación con la interpretación. La voluntad democrática del órgano que crea la norma puede dejarse de lado si es posible presentar como irracional el resultado de la interpretación conforma tal criterio (Barranco, 2004a, p. 89).

De suerte que la decisión se justifica, no en torno a criterios de autoridad o legitimidad democrática, sino de corrección y de racionalidad. Obviamente, la corrección de las decisiones dependerá también de la teoría de los derechos que se asuma.

A pesar de lo anterior, es conveniente afirmar que si bien en un Estado de Derecho la tensión constitución-democracia parece ser un tema irresoluble, no obstante es importante establecer mecanismos para evitar un desequilibrio desproporcionado en perjuicio de los derechos fundamentales, de las instituciones democráticas, o de ambos.

Un nuevo planteamiento que ha tomado fuerza en los últimos años en el marco del constitucionalismo jurídico o también llamado neoconstitucionalismo —y que de alguna manera supone la conjugación de los modelos antes descritos— es el que deriva del concepto de *democracia constitucional* (Ferrajoli, 2008, pp. 31 y ss.), que implica la idea de democracia fundada en una Constitución provista de contenido sustancial. Uno de los autores que más ha dado desarrollo a este concepto ha sido el jurista italiano Luigi Ferrajoli. De acuerdo con este autor, la democracia constitucional comporta un cambio de paradigma del Derecho, de la Ciencia jurídica y de la Democracia (Ferrajoli, 2008, pp. 31 y ss.).

2.1.1. El nuevo escenario de la justicia constitucional colombiana

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se da un giro significativo en la estructura medular del Estado colombiano. La inclusión de la dignidad humana como referente axiológico para la interpretación de los derechos, la adopción de un modelo social y económico progresivo e incluyente, así como el paso de un sistema democrático

meramente representativo a uno más participativo son algunas de las novedades del nuevo escenario constitucional.

Así pues, la nueva Carta Política de los colombianos trajo consigo un nuevo panorama en el ámbito de la justicia constitucional. A través del artículo cuarto (4°) del texto constitucional se reafirma la supremacía de la Constitución al disponer que en caso de que surja incompatibilidad entre la norma superior y el resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico deberá resolverse en favor de los preceptos constitucionales. Por su parte, el carácter normativo de la Constitución ha quedado plasmado en el artículo 6° de la Carta, que establece que tanto los servidores públicos como los particulares serán responsables por infringir la normatividad constitucional y las leyes.

Es de anotar que respecto a los demás sistemas jurídicos, el régimen constitucional colombiano presenta una novedad en materia de control de constitucional en la medida en que no solo existe un Tribunal que tiene la última palabra en materia constitucional (control concentrado), sino que además se faculta a los funcionarios públicos —incluidos los funcionarios administrativos— para que en un caso concreto, por vía de excepción, dejen de aplicar una disposición normativa cuando se considere que ella vulnera un precepto constitucional (control difuso).

De ese modo, el régimen jurídico colombiano evidencia importantes cambios en materia de justicia constitucional; pero quizás el avance más significativo es el relativo a la protección, interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Con la creación de una Corte Constitucional y la adopción de un mecanismo expedito para la protección de los derechos (acción de tutela) se ha marcado un hito importante en la historia del constitucionalismo colombiano.

En virtud del artículo 241 de la Constitución de 1991, el Tribunal Constitucional colombiano es el intérprete último de la Constitución, por lo cual se le confía su guarda y supremacía. Dentro de las funciones más relevantes que tiene a su cargo se encuentran la de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos reformativos de la

Constitución²⁴² y la de revisar las decisiones judiciales que versen sobre la conculcación de derechos fundamentales, en sede de tutela²⁴³.

Por su parte, el amparo es el dispositivo constitucional a través del cual cualquier persona podrá recabar ante cualquier juez de la República la protección de los derechos fundamentales cuando considere que estos han sido vulnerados.

Pues bien, desde el inicio de sus labores el Tribunal constitucional colombiano ha intentado resolver la tensión entre Democracia (voluntad) y Constitucionalismo (razón), de la siguiente manera:

(...) El desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Solo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo²⁴⁴.

Es importante resaltar el papel proactivo que ha asumido el juez constitucional a partir de la Carta de 1991. A través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha llegado a imponer límites al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas sobre la base de la aplicación del precedente judicial²⁴⁵.

²⁴² Con efectos *erga omnes*, en la parte resolutive y con carácter vinculante en la *ratio decidendi*, cuando se constituya en precedente relevante.

²⁴³ Con efectos *inter partes* en la parte resolutive. No obstante, en ocasiones la Corte ha dispuesto que la *ratio decidendi* de los fallos de tutela también podrían resultar vinculantes para los demás jueces a fin de asegurar la unidad en la interpretación constitucional (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-292 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁴⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

²⁴⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-539 de 2011 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

También se han fijado estándares concretos de interpretación aludiendo, por ejemplo, al principio *pro homine*, en virtud del cual se debe preferir la lectura de una norma que otorgue mayores garantías a los derechos involucrados, aclarando que una postura interpretativa contraria a este principio podría resultar irrazonable por cuanto no es posible adecuarla a los valores que integran el plexo constitucional²⁴⁶.

Incluso la Corte, a partir de su papel de intérprete último de la Constitución, ha llegado a efectuar modificaciones en el sentido original de una norma de rango constitucional. Es lo que la doctrina ha denominado la mutación constitucional; esto es, el cambio que introduce el juez en el programa normativo en virtud de los cambios en la realidad política y social, fenómeno que se produce al margen de los procedimientos de reforma constitucional. Para Konrad Hesse es una modificación del contenido de las normas constitucionales “de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado diferente” (Hesse, 1992, p. 85).

Para mencionar solamente algunos casos de mutación constitucional, en el escenario colombiano puede traerse a colación la Sentencia C-486 de 1993²⁴⁷, en virtud de la cual la Corte Constitucional dictaminó que la expresión “ley” del artículo 230 de la Constitución debía entenderse como “ordenamiento jurídico”, efectuando así una modificación decisiva al sistema de fuentes del Derecho colombiano.

A pesar de que la mutación constitucional es un fenómeno usual en los diferentes sistemas constitucionales²⁴⁸, no está exenta de reparo desde la teoría del derecho, toda vez que plantea una presunta afectación de las estructuras democráticas. No obstante, debe destacarse que la constitucionalización de los derechos fundamentales supone que, al lado de la clásica dimensión formal o procedimental de la democracia —que conlleva la organización constitucional de los poderes públicos y de sus competencias—, se añada una dimensión sustancial que comporta la consagración en la parte dogmática de las constituciones de aquellos derechos y principios que fijan el contenido de lo *decidible* y de lo *indecidible* para las mayorías, lo que en últimas garantiza la dimensión material de la democracia constitucional (Ferrajoli, 2008, pp. 31 y ss.).

²⁴⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-085 de 2001 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-486 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴⁸ En especial en aquellos sistemas normativos que se basan en una constitución rígida.

Incluso esta dimensión sustancial de la democracia ha servido a la Corte Constitucional para afianzar la doctrina de la sustitución de la constitución, que se basa en la idea de que existen contenidos de la Constitución que resultan indisponibles para los poderes públicos, lo que a su vez impone una cortapisa a la concepción voluntarista de la democracia, esto es, fijando límites a la propia regla de las mayorías²⁴⁹.

Por otra parte, el Alto Tribunal ha recurrido a herramientas interpretativas de creación jurisprudencial para dar solución de casos de alto impacto constitucional, tal como acontece con la declaratoria de estado de cosas inconstitucional para afrontar situaciones generalizadas y sistemáticas de violación de derechos humanos. Dicha declaratoria se constituye en un llamado de atención del poder judicial a los demás poderes públicos para que adopten medidas encaminadas a afrontar la situación de crisis que motiva la decisión, tal como sucedió en las Sentencias T-025 de 2004²⁵⁰, que trata sobre el desplazamiento forzado, y T- 153 de 1998²⁵¹, que versa sobre la crisis carcelaria.

Dicha modalidad de activismo judicial ha dado lugar a álgidas controversias. Incluso autores tan relevantes dentro del ámbito constitucional colombiano como Luis Villar Borda han llamado la atención sobre el desplazamiento de las funciones propias del debate democrático del Parlamento hacia el juez. Así pues, sin hacer una crítica directa a la labor de la Corte, este autor destaca el papel que debe cumplir el Congreso tanto en el restablecimiento de equilibrio entre los órganos del Estado como en las tareas de configuración social, en lo cual a su modo de ver ha perdido terreno (Villar, 2007, p. 84).

Sin entrar al fondo de la discusión porque excede el propósito de este escrito, es importante señalar que desde el punto de vista sustancial no es posible afirmar la existencia de un verdadero régimen democrático si no se brindan los mecanismos efectivos para la protección de los derechos fundamentales.

En este punto es necesario hacer una diferenciación entre fines y funciones constitucionales. Así, la separación de poderes es un criterio racional de división y

²⁴⁹ La teoría del “coto vedado de los derechos”, planteada por el jurista argentino Ernesto Garzón, apunta en esta misma dirección (Garzón, 1993. pp. 631 y ss.).

²⁵⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-025 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-153 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

asignación democrática de *funciones* entre las diferentes ramas del poder público. Por su parte los *finés* constitucionales son los objetivos que se persiguen en el marco de un Estado Social de Derecho.

Cabe destacar que dentro de los *finés esenciales del Estado colombiano* se encuentra el de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y principios consagrados en la Constitución (Art. 2º). En ese sentido, la separación de poderes funge como un criterio racional de división y asignación democrática de *funciones* entre las diferentes ramas del poder público con el propósito de dar cumplimiento a los *finés constitucionales*. Así pues, mientras las funciones pueden escindirse entre los distintos órganos del Estado los fines *no*, en la medida en que estos deben cumplirse íntegra e irrestrictamente.

Consecuente con lo anterior, el artículo 113 constitucional dispone que todos los poderes públicos trabajarán armónicamente para la realización de los *finés* constitucionales. En este escenario, la función del órgano judicial adquiere especial relevancia. El juez no debe ser un mero espectador de la realidad social y su labor no debe ceñirse a la constatación de unos hechos valorados previamente en la ley. En el nuevo panorama constitucional, el juez está llamado a ser protagonista de los cambios sociales y su principal tarea es garantizar el efectivo cumplimiento de los objetivos constitucionales.

Dentro de este contexto el Tribunal Constitucional ha asumido un rol protagónico en lo que se refiere a la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Basta con mencionar que mediante Sentencia T-595 de 2002, dicho Tribunal, a partir de la solución de un caso de amparo —y ante la inactividad de las autoridades correspondientes— terminó por requerirlas para que adoptaran una política pública en materia de transporte que favoreciera la movilidad de las personas en situación de discapacidad. Este caso se analizará en el siguiente acápite.

Si bien la Constitución no establece un régimen jurídico de interpretación, de la propia normatividad constitucional emergen algunas pautas de las que se puede servir el juez para efectuar su labor interpretativa. Es así como el artículo 93 constitucional dispone que los tratados internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción deben integrarse a las normas de la

Constitución, formando así un cuerpo normativo denominado bloque de constitucionalidad. Ergo, para resolver los casos los jueces deben interpretar las leyes y normas constitucionales a la luz de dicha normativa internacional.

Es de anotar que en el ámbito del sistema regional de protección de derechos, a partir de algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana se ha construido la doctrina del control de convencionalidad²⁵², en virtud de la cual se exige a los jueces nacionales dejar de aplicar las normas internas cuando consideren que estas controvierten lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Una segunda pauta interpretativa se desprende de la lectura del artículo 94 de la Constitución, que prescribe que la enunciación de los derechos y garantías contemplados en la Constitución no debe entenderse como la negación de otros derechos que son inherentes al ser humano así no hayan sido consagrados expresamente. En esa medida la interpretación de la Constitución debe tener un carácter evolutivo y no originario. En cada caso concreto, el juez debe determinar si se está o no en presencia de un derecho fundamental, independientemente que se trate de un derecho de primera, segunda o tercera generación. En jurisprudencia de 1992, la Corte Constitucional colombiana dictaminó:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez²⁵³.

En tercer lugar, debe destacarse la importancia que tienen los valores y principios constitucionales en la labor interpretativa del juez constitucional. Como se ha destacado, junto al catálogo de derechos, los valores y principios conforman la parte dogmática de la

²⁵² La doctrina del control de convencionalidad empieza a tejerse a partir del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

²⁵³ Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-002 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero

Constitución, lo que se constituye en carta de navegación que orienta el destino político de la sociedad colombiana.

En ese orden de ideas, en el caso colombiano la labor que realiza el intérprete del derecho indefectiblemente debe realizarse de cara al complejo normativo constitucional. La interpretación es un proceso que debe estar presente tanto al momento de la creación como de la aplicación del derecho. En ese sentido, el legislador no está llamado a definir el régimen jurídico de la Constitución, sino que es esta la que define el ámbito de competencia de aquel.

2.1.2. El reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad por vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En Colombia, las personas en situación de discapacidad han encontrado en el ámbito judicial un escenario más o menos favorable para el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Ahora, comoquiera que es habitual que dichas cuestiones se ventilen en sede de tutela (amparo constitucional), los términos de las sentencias en principio solo benefician a las personas que intervienen en el proceso.

En el tema específico de la discapacidad, la Corte ha dictaminado en reiteradas oportunidades que esta es una cuestión que debe asumirse de manera transversal dentro del diseño de políticas públicas estatales y que además compete deberes positivos por parte del Estado. Mediante la precitada Sentencia T-595 de 2002²⁵⁴, el Tribunal Constitucional decidió amparar los derechos fundamentales de una persona en situación de discapacidad, al tiempo que conminó al Estado a adoptar medidas positivas a favor de este grupo poblacional.

La acción judicial había sido interpuesta por un ciudadano quien alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de locomoción, a la igualdad y a la accesibilidad, debido a que las rutas alimentadoras de Transmilenio S.A —que es el principal operador del servicio de transporte público en la ciudad de Bogotá— no estaban acondicionadas

²⁵⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-595 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

para que todas las personas pudieran hacer uso de ellas. El ciudadano sostenía que debido a su condición particular estaba obligado a hacer largos recorridos en silla de ruedas para poder llegar a la estación más cercana que estuviese adaptada a sus necesidades.

La Corte inició el estudio del caso señalando que en un Estado de Derecho la libertad de locomoción es de capital importancia por cuanto era una condición para el disfrute de otros derechos; libertad que se veía afectada no solo como consecuencia de una conducta activa que directamente impedía la circulación de los ciudadanos, sino también cuando no se disponían las medidas suficientes para remover las barreras que impedían su ejercicio.

El alto Tribunal sostuvo que el servicio de transporte público era indispensable para el ejercicio de la libertad de locomoción, así como también para el disfrute de los demás derechos constitucionales que directa o indirectamente dependían de la posibilidad de movilizarse, en especial cuando se hacía referencia a aquellos sectores de la población que carecían de una fuente alternativa de transporte (2.3). La Corte agregó que la Constitución de 1991 contemplaba un régimen especial de protección para todos aquellos grupos desventajados de la sociedad que, en razón a su condición, solían ver limitado el disfrute de sus derechos fundamentales (3.1). Que, en ese sentido, la protección de este grupo de personas se fundaba tanto en la defensa del orden constitucional vigente como en la existencia de una situación objetiva de marginación y exclusión (5.1).

A juicio de la Corte,

decidir cuál es la mejor forma de remover las cargas excesivas que pesan sobre este grupo de personas conlleva, necesariamente, el diseño de una política pública mediante la cual se tomen las medidas adecuadas para cumplir el mandato constitucional de proteger especialmente a los discapacitados y garantizar su integración social. Es pues, tarea de la Administración Pública destinar los recursos humanos y materiales para que, dentro de un marco de participación democrática, se conciban los programas y apropien los recursos con los cuales se financiará la implementación de las medidas que se adopten para atender esta demanda social (5.1).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Corte decidió amparar los derechos a la igualdad y a la libertad de locomoción del demandante, conminando al Estado para que,

dentro de un plazo razonable, diseñara un plan orientado a garantizar a esta persona el acceso general al sistema sin que tuviese que seguir soportando cargas excesivas.

De otra parte, la Corte Constitucional ha fijado ciertos lineamientos a la libertad de configuración con que cuenta el legislador para la elaboración de las leyes. Ha manifestado que la restricción a los derechos de las personas en situación de discapacidad debe tener un fin justificado y que el solo hecho de la discapacidad no es razón suficiente para imponer dichas restricciones. Que, en consecuencia, cualquier limitación a los derechos de este grupo de personas resulta sospechosa y que es al legislador a quien le corresponde desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que pesa sobre la misma. En jurisprudencia del año 2005 la Corte Constitucional dictaminó:

Cuando el legislador expida una ley que limite el ejercicio de un derecho con fundamento en una discapacidad o desventaja sensorial, física o mental, debe demostrar que con ello persigue el cumplimiento de una finalidad imperiosa –como la satisfacción de un servicio o una función pública–, y que dicha restricción es idónea y necesaria para el logro de tal finalidad. Para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de una norma que impida el ingreso a un puesto de trabajo de las personas con discapacidades, es necesario que quede plenamente demostrado que la respectiva discapacidad es absolutamente incompatible con las funciones esenciales –y no accesorias, delegables o accidentales– del cargo o empleo respectivo. Adicionalmente, es necesario que la incompatibilidad sea insuperable, esto es que no existan adecuaciones razonables que puedan ser implementadas y que permitan superarla²⁵⁵.

Asimismo, la Corte ha señalado que la discapacidad es un hecho complejo y que por tanto no puede valorarse de manera unidimensional. Que en esa medida no es posible presumir *a priori* y de manera global la falta de capacidad de este colectivo de personas para desarrollar una labor, toda vez que esta es una situación que debía evaluarse individualmente. Con fundamento en los valores y principios que inspiran la Carta Política, especialmente en la igualdad y en la dignidad humana, la Corte, mediante jurisprudencia del año 2005, declaró inconstitucional una norma que restringía sin ninguna justificación el ingreso de las personas en situación de discapacidad a la institución de la policía, lo que a

²⁵⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-076 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

juicio de este Tribunal resultaba altamente discriminatorio. En dicha oportunidad la Corte sostuvo:

Ahora bien, no se trata de que la institución policial esté integrada por personas no aptas para desempeñar las labores propias del cargo y desatender por tanto la seguridad de los habitantes, su convivencia pacífica y el ejercicio de sus derechos y libertades públicas. Es necesario determinar si la persona, a pesar de ser discapacitada, posee capacidades físicas o psíquicas para desarrollar labores diversas a las estrictamente operativas. Teniendo en cuenta que las personas discapacitadas no constituyen un grupo homogéneo sino heterogéneo, en razón a que la discapacidad puede ser de grado mayor o menor y de diferente tipo, el tratamiento otorgado también puede ser diferente sin que por ello exista vulneración de su derecho a la igualdad. Es importante considerar las circunstancias concretas de cada persona y tener en cuenta las capacidades que de ellas puedan aprovecharse para no adoptar una medida que resulte ser desproporcionada a los fines constitucionales²⁵⁶.

De otra parte, la Corte ha llamado la atención en múltiples oportunidades sobre el deber que le compete al Estado de brindar protección efectiva a este colectivo de personas en consideración a la situación de exclusión social, mandato que impone no solo la normativa constitucional sino también las normas internacionales de derechos humanos. En jurisprudencia del año 2007, el Alto Tribunal expresó:

Las personas discapacitadas reciben una protección reforzada que se deriva tanto del ordenamiento jurídico interno como del derecho internacional de los derechos humanos. A partir de estas garantías de protección, se desprenden un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares quienes en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales (...) En tal sentido, el Estado tiene la obligación de amparar a las personas que por circunstancias relacionadas con su condición económica, física o mental puedan encontrarse en situación de debilidad manifiesta. Debe asimismo sancionar los abusos y maltratos que se cometan en contra de estas personas²⁵⁷.

Finalmente, cabe destacar cómo la Corte poco a poco ha reconocido la importancia de realizar el examen de la discapacidad desde el enfoque del modelo social, hasta el punto de considerarlo actualmente como un referente interpretativo vinculante, basando su

²⁵⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-381 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁵⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-988 de 2007. M. P. Humberto Sierra Porto.

argumento en el alcance de la normativa internacional que así lo exige. En jurisprudencia del año 2015 dispuso:

(...) el modelo social es un asunto de relevancia constitucional debido a que corresponde a una tendencia acogida en tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. De tal suerte, la normativa que incorpora esta visión de la discapacidad no es soslayable en nuestro sistema de fuentes y en la función hermenéutica que nuestro ordenamiento le atribuye al bloque de constitucionalidad que, como ya fue expuesto, determina no solo parámetros de control constitucional, sino estándares interpretativos”²⁵⁸.

2.2. Hacia el reconocimiento paulatino de la capacidad jurídica en favor de las personas en situación de discapacidad. La capacidad de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad

2.2.1. La medidas de protección coactiva en la jurisprudencia constitucional

Sobre el tema específico de la autonomía, la Corte Constitucional ha insistido en el deber que le compete al Estado de crear las condiciones y remover los obstáculos para que las personas con discapacidad, quienes se encuentran en posición de desventaja manifiesta, puedan acceder al disfrute de los derechos en igualdad de condiciones.

Tratándose de este colectivo de personas, el tema que subyace entonces es en qué medida la figura de la *sustitución de la voluntad* sigue teniendo sustento ético y jurídico a partir del nuevo esquema constitucional colombiano o, en otras palabras, hasta qué punto se justifica que la toma de decisiones respecto a los intereses de las personas con discapacidad siga condicionada a la voluntad de terceras personas.

Ello por cuanto tradicionalmente se ha asociado la discapacidad a la falta de aptitud para el ejercicio de las libertades. Esto ha dado lugar a que normalmente el tema de la discapacidad se haya evaluado y se evalúe aún de manera ligera, sin tener en cuenta que es

²⁵⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

un hecho social complejo en el que interactúan múltiples factores. El constante fracaso de las políticas para la atención de la población con discapacidad no es más que una consecuencia directa de la visión sesgada que se tiene acerca de este fenómeno social.

Para la Corte Constitucional, la capacidad jurídica es esencial para la persona porque a través de ella se arbitra la forma como esta puede interactuar jurídicamente en la sociedad. Así lo ha indicado:

(...) teniendo en cuenta que esta aptitud se deriva del estado particular de cada individuo, es decir de su condición personal frente a la sociedad, se entiende que la capacidad de derecho la tienen todas las personas en el sentido que gozan de la facultad de ser sujetos de derechos. Mientras que la capacidad de hecho tiene su fuente precisamente en los derechos y deberes que la ley le permite ejercitar a ciertas personas en particulares condiciones. Al distinguir entre personas con capacidad plena y relativa, el Legislador no pretende discriminar a las segundas sino, por el contrario, proteger sus intereses de modo que, “la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo”²⁵⁹.

Hoy en día, la Corte Constitucional colombiana parece no tener duda que cuando se trata de personas que se encuentran en situación de discapacidad física o sensorial, la figura de la sustitución de la voluntad no tenga ningún fundamento, en consideración a que el Estado debe brindar las condiciones tanto económicas como sociales y culturales para que todas las personas tengan la posibilidad de vivir de manera independiente.

En esa línea, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una norma del Código Civil²⁶⁰ que restringía la posibilidad a las personas cuya discapacidad derivaba de alguna deficiencia sensorial (sonora, visual o auditiva), para que pudiesen ser testigos válidos en un acto matrimonial. En esa oportunidad, el Tribunal dictaminó que dicha norma resultaba a todas luces discriminatoria añadiendo que, a través de ella, el legislador desconocía los mandatos constitucionales. El Alto Tribunal agregó

²⁵⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-534 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

²⁶⁰ Se demandó la inconstitucionalidad de los numerales 5, 6 y 7 del artículo 127 del Código Civil colombiano.

que mediante la misma se desconocía que en la actualidad los avances de la ciencia y los adelantos científicos permitían a este grupo de personas desarrollar una vida normal, accediendo a todo tipo de información y conocimiento, lo que además les permitía desarrollar múltiples y variadas formas de interrelación dentro del acontecer diario, tanto en la esfera pública como en la privada, así como en el ámbito de las relaciones jurídicas²⁶¹.

Ahora bien, para la Corte constitucional la problemática se suscita cuando se trata de personas en situación de discapacidad cognitiva. El Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que no toda interferencia del Estado en la conducta de los particulares supone intrínsecamente una restricción indebida al ejercicio de las libertades, incluso cuando dicha conducta no suponga la afectación de derechos de terceras personas. Tal es el caso de las medidas paternalistas o también llamadas por este Tribunal *medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona*²⁶². Ha expresado la Corte, que ellas

no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado²⁶³.

Así pues, a juicio de la Corte, resulta justificado adoptar *medidas de protección coactiva* en favor de aquellas personas que no cuentan con plena capacidad de discernimiento; para el Alto Tribunal,

estas políticas se justifican porque, en casos determinados, es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de individuos, como los menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que estos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les

²⁶¹ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-401 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁶² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-309 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-309 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos²⁶⁴.

Bajo este prisma, ha entendido el Tribunal Constitucional que, dependiendo del caso en concreto, algunas instituciones del derecho civil siguen justificadas en el nuevo escenario constitucional. Tal es el caso de las *curadurías*, que se conciben como mecanismos civiles de protección de los derechos patrimoniales de las personas que no tienen plena capacidad para administrar sus bienes²⁶⁵, dentro de las que se puede ubicar al grupo de personas que se encuentran en situación de discapacidad psíquica producto de enfermedad mental. Sin embargo, ha señalado la Corte que si bien la curaduría es una institución protectora, también es una limitante muy rigurosa para el ejercicio de los derechos patrimoniales por lo que en nada se justifica su adopción cuando una persona es capaz de entender y de hacerse entender²⁶⁶, evento en que podrá solicitar directamente al juez que cese la curaduría para la administración de sus bienes y dar paso así al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

Sin embargo, a propósito de la discapacidad cognitiva el dilema entre la autonomía sobre las decisiones individuales y los límites del interés social de preservar los bienes jurídicos que se consideran relevantes para la sociedad reviste una mayor complejidad, cuando de lo que se trata es de proteger la vida e integridad de las personas que enfrentan este tipo de discapacidad.

Sobre el deber de autoconservación de la vida, la Corte sostuvo:

La Constitución no solo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor *vida* sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede

²⁶⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-309 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-478 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶⁶ A pesar de que en este caso la Corte Constitucional expresamente se refiere a la situación de las mal llamadas “personas sordomudas”, una interpretación extensiva de su jurisprudencia permitiría ampliar dicho razonamiento a otros grupos de personas, incluso cuando se encuentran en situación de discapacidad cognitiva.

pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas²⁶⁷.

Lo anterior resulta apenas coherente con la postura que ha seguido la Corte, órgano que ha identificado a la dignidad como valor supremo que

irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad²⁶⁸.

El ejercicio pleno de dicha autonomía —que se traduce en la posibilidad que tiene la persona de disponer libremente de sus propios intereses jurídicos— está condicionado a que ella cuente con las capacidades necesarias para entender las repercusiones de sus decisiones. Para el caso de los menores adultos, la Corte Constitucional ha acuñado el concepto de “capacidad compartida” que supone que, hasta tanto la capacidad del menor no sea plena, los padres y los hijos deben tomar en conjunto las decisiones que afecten a estos últimos, de manera consensual y dialogada. Es decir que, sin desconocer el deber que asiste a los padres de guiar a sus hijos, también debe tomarse en consideración la opinión del menor. Ha expresado la Corte que en caso de presentarse una contradicción “entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor”²⁶⁹.

La Corte Constitucional ha fijado los criterios para establecer cuándo una *medida de protección coactiva* puede encontrar justificación en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, dicha medida debe estar orientada a proteger objetivos constitucionales; en segundo lugar, la medida debe ser eficaz, esto es, que por medio de la restricción efectivamente se consiga el fin constitucional que se persigue; y en tercer lugar, no deben existir alternativamente otras medidas menos lesivas a la libertad²⁷⁰.

²⁶⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-239 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-239 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁶⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-474 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁷⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-309 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En el caso particular de las personas en situación de discapacidad cognitiva, ha enfatizado la Corte que la tensión que se produce

entre el interés en preservar la salud y la vida de las personas que no pueden ejercer plenamente su autonomía, y el respeto por su dignidad, impone la necesidad de establecer una medida a la actividad protectora del Estado y de la sociedad. Tal actividad debe encaminarse a permitir el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos. Por lo tanto, las medidas protectoras serán aceptables constitucionalmente en tanto estén dirigidas a preservar o a promover el desarrollo de las condiciones físicas, mentales, y de salud, necesarias para el ejercicio de tal autonomía. Por supuesto, ello supone tanto unos límites como una directriz a la actividad protectora que pretenden ejercer terceras personas²⁷¹.

Entonces, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el límite de la actividad protectora conlleva que no sea posible que el Estado tome decisiones a priori respecto de la salud de las personas, en el evento en que dichas decisiones puedan tomarse de manera autónoma, incluso cuando el sujeto no ha alcanzado un nivel de desarrollo pleno en todos los aspectos de la vida. Con esto puede entenderse que el deber de protección del Estado se da solo con relación a aquellas decisiones para las cuales no se ha alcanzado un nivel de desarrollo mínimo²⁷². En consecuencia, “la protección de estas personas resulta aceptable entonces, en la medida en que ellas mismas, o terceros, pongan en peligro el ejercicio futuro de su autonomía, con sus decisiones respecto de su salud”²⁷³.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que el Estado brinde todas las condiciones para que dentro de un marco de respeto por la diferencia las personas puedan llegar a desarrollar las capacidades necesarias que les permitan adoptar las decisiones cruciales de su vida.

En el campo de la medicina, el *Principio del consentimiento informado*²⁷⁴ no es más que una manifestación del reconocimiento de la autonomía de las personas para la toma de

²⁷¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷² Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷⁴ El consentimiento debe obtenerse de manera libre y espontánea, después de que se haya proporcionado al paciente información suficiente, en un lenguaje comprensible y adecuado, acerca del alcance de un diagnóstico médico y de su evaluación, del tratamiento que debe llevarse a cabo y de las implicaciones que este puede traer en la salud y en el bienestar del paciente.

decisiones que atañen a su salud²⁷⁵. El consentimiento informado supone “que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión”²⁷⁶.

Dicho principio se encamina a otorgarle simetría a la relación paciente-médico, de tal modo que este no termine sustituyendo la voluntad de aquel²⁷⁷. Ahora, si bien en determinados eventos es posible que se sustituya el consentimiento del paciente cuando por alguna circunstancia este no se encuentre en capacidad de comprender los efectos del tratamiento médico o del procedimiento quirúrgico que se le va a practicar, no obstante ha sido enfático el Alto Tribunal en afirmar que no todas las decisiones de la vida civil de las personas pueden ser tomadas por sus representantes legales en virtud de un proceso de interdicción por demencia, toda vez que “esta figura propia del derecho civil no resulta trasladable por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo que tiene que ver con las decisiones sobre las intervenciones médicas a las cuales debe someterse a una persona”²⁷⁸.

En los eventos de discapacidad cognitiva, la Corte ha llamado la atención acerca del papel que debe cumplir el Estado en aras de la preservación de aquellas condiciones que sean necesarias para que, a futuro, las personas puedan llegar a tomar decisiones autónomamente, incluso cuando existan dudas acerca de la autonomía posterior debido a las condiciones actuales. Es lo que ha denominado el Tribunal Constitucional *la protección del consentimiento orientado hacia el futuro*²⁷⁹.

²⁷⁵ Miguel Ángel Ramiro ha indicado que en el ámbito de los tratamientos médicos, y de cara a la CDPD se salvaguarda la autonomía “asegurando que antes de consentir recibe un flujo suficiente y comprensible de información, la cual contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles, y estará redactada en la lengua propia del sujeto. Sólo cuando se conjugan la cantidad y calidad de la información se respeta la autonomía de la persona” (Ramiro, 2011, p. 284).

²⁷⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-239 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁷⁸ Se trataba de una acción de tutela que había interpuesto una madre en representación de su hija, donde refería una presunta vulneración de los derechos de esta última, alegando que la institución médica se había negado a practicarle a su prohijada un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva; sin embargo, de acuerdo con las pruebas que obraban en el expediente, se logró demostrar que la verdadera voluntad de la paciente era constituir una familia. En dicha oportunidad, la Corte dictaminó que no era concebible, desde el punto de vista constitucional, “que por la sola representación legal que ejerce una madre sobre su hija interdicta, pudiera someterla a una esterilización forzada, conducta que por lo demás constituye un delito tanto en la normativa interna como en el sistema internacional de protección”. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.)

²⁷⁹ Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

A juicio de la Corte, debe tenerse en cuenta que no siempre los niveles de autonomía de las personas en situación de discapacidad cognitiva son los mismos, o que siempre son irreversibles. Como lo ha expresado la Corte Constitucional, en ocasiones “...la falta de autonomía se puede superar mediante la educación o el adecuado tratamiento de la incapacidad (...)”²⁸⁰.

De acuerdo con el anterior planteamiento, no es posible afirmar a la ligera que una condición actual imposibilita el desarrollo ulterior de las capacidades necesarias para el ejercicio autónomo de las diversas actividades de la vida cotidiana (socialización, afecto, comunicación, conformación de una familia, etc.). Debido a los avances de la ciencia y la tecnología, y al desarrollo de nuevas técnicas de aprendizaje, cada vez están más dadas las condiciones para que todas las personas puedan acceder a la información y al conocimiento.

Por esa razón, tratándose de personas en situación de discapacidad cognitiva, es necesario que se adopten los mecanismos necesarios para que el acceso a la educación sea un componente estructural dentro de las políticas de protección en favor de este colectivo de personas; un programa de acceso al conocimiento que respete la diversidad y que se brinde en las condiciones más adecuadas; esto es, que esté diseñado a partir de las propias necesidades del grupo; un programa de educación que esté orientado a la potencialización de las capacidades de las personas y que tienda al libre ejercicio de la autonomía.

En definitiva, un programa de acceso al conocimiento y a la educación que permita dejar atrás el clásico sistema de *sustitución de la voluntad* y que abogue más por un modelo de *apoyo o asistencia para la toma de decisiones*, lo que de suyo comportaría el paulatino reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas que se encuentran en situación de discapacidad psíquica. Justamente esta es la línea hacia donde apuntan las nuevas directrices del derecho internacional, tal como se ha dejado anotado.

En conclusión, no todas las medidas de protección coactiva suponen una restricción indebida a las libertades individuales. Sin embargo, en un Estado que se autoproclame “Social y Democrático de Derecho”, aquellas deben estar especialmente justificadas habida

²⁸⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-492 de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cuenta del coste ético y político que supone para el ejercicio de la democracia la limitación arbitraria de los derechos fundamentales. La entrada en vigencia de la Constitución de 1991 trajo aparejado el reconocimiento de la dignidad humana como eje central de todo el andamiaje político, con lo cual la gran mayoría de medidas paternalistas han perdido su razón de ser y unas pocas siguen aún justificadas. Y esto resulta apenas lógico, habida cuenta de la voluntad del constituyente de proteger la autonomía moral así como la libre determinación de los sujetos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional poco a poco se ha decantado por el pleno reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad física o sensorial. Pese a que aún se mantienen en el ordenamiento jurídico colombiano —sobre todo en el campo del derecho civil— algunas medidas coactivas de protección en favor de personas en situación de discapacidad cognitiva²⁸¹, también se ha entendido (al menos en el ámbito de la justicia constitucional) que la presunción de la falta de capacidad debe reevaluarse y que le corresponde al juez valorar en cada caso concreto la legitimidad o ilegitimidad de dichas medidas toda vez que el nivel de autonomía o el grado de dependencia entre una persona y otra no siempre será el mismo.

2.2.2. La protección de la autonomía de las personas con discapacidad que no han alcanzado la mayoría de edad en lo que se refiere a decisiones personalísimas

Tal como se ha mencionado, la edad y la discapacidad han sido los factores que históricamente han permitido la adopción de medidas paternalistas en función de su situación de “precariedad” o “déficit”, cuestión que por obvias razones ha tenido mayor acento cuando en una misma persona concurren los dos componentes tutelares. Aunque la Corte Constitucional colombiana ha dado pasos importantes en materia de protección de la capacidad jurídica, no ha sido del todo ajena a dicha visión marcadamente proteccionista.

A pesar de que la Constitución Política, en línea con la normativa internacional, hace un reconocimiento de las personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad como sujetos

²⁸¹ En especial, cuando se trata de personas en situación de discapacidad psíquica.

de derechos, también restringe la posibilidad de que estas ejerzan sus libertades o contraigan obligaciones de manera ilimitada. Para la Corte, la figura de la incapacidad jurídica justamente permite a los padres o representantes intervenir sobre algunas esferas de las personas que son menores de edad a fin de salvaguardar sus derechos²⁸².

Según la Corte Constitucional, la capacidad jurídica de estas personas se podrá reconocer en la medida en que adquieran mayor edad, extendiéndose gradualmente el rango de capacidad. Según lo dispone la legislación civil, los menores adultos poseen capacidad relativa. Sin embargo, la Corte Constitucional ha referido que en ciertos ámbitos, como es el referido a la protección de la vida²⁸³ o en caso de tratamientos médicos para preservar la integridad, la capacidad de los menores adultos podría restringirse²⁸⁴. En otros ámbitos, la jurisprudencia se ha decantado por reconocer mayor capacidad de decisión como es el relativo a la identidad sexual, fundamentándose en el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, la Corte también ha hecho énfasis en que la capacidad podrá ser sustitutiva cuando el menor no posea madurez suficiente para tomar una decisión. La discapacidad se incluiría dentro de este supuesto. Por regla general, se ha propendido por otorgar un trato igual a los menores con y sin discapacidad en lo que se refiere a la titularidad de los derechos y a su ejercicio, entendiéndose que la figura de la representación del derecho civil no tiene un alcance ilimitado ni es trasladable por completo al derecho constitucional²⁸⁵.

Sin embargo, en la práctica la capacidad jurídica para las personas menores de edad con discapacidad se ha restringido a su máxima expresión. Así pues, en jurisprudencia del año 2014, la Corte dictaminó la constitucionalidad de una ley que permite el procedimiento de anticoncepción quirúrgica definitiva sobre aquellas personas que no tengan capacidad de otorgar el consentimiento, previa solicitud de su representante. Ha expresado la Corte:

En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que una persona que no está en capacidad de comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias de la esterilización, como en el caso de las discapacidades mentales, difícilmente estará en condiciones de comprender la

²⁸² Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-534 de 2005. M. P. Humberto Sierra Porto.

²⁸³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-474 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁸⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-477 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-063 de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

responsabilidad que lleva consigo la maternidad o la paternidad y por ende, las implicaciones de poder o no procrear²⁸⁶.

En providencia del 2016, la Corte volvió a pronunciarse sobre la esterilización de las personas con discapacidad. A pesar de que adoptó algunos conceptos propios de la CDPD y definió la importancia de la capacidad jurídica en el marco del modelo social, no obstante siguió avalando el consentimiento sustituto “en caso de que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos necesarios para ello”²⁸⁷.

Respecto al consentimiento informado a propósito de personas menores de edad con discapacidad mental, en esta misma jurisprudencia el Tribunal dictaminó que para sopesar el valor de su opinión deben tenerse en cuenta tres factores, a saber: la urgencia e importancia del tratamiento; los riesgos y el impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura; y la edad de la persona.

Cabe mencionar que los derechos sexuales y reproductivos se predicán de todos los seres humanos (hombres, mujeres, niños y niñas, adolescentes, etc.); deberán reconocerse en condiciones de igualdad y no podrán restringirse en razón de la orientación sexual, posición económica o social, etnia, credo religioso, situación de discapacidad, etc.

Los derechos sexuales y reproductivos incluyen, pues, el derecho a obtener —a través de métodos formativos accesibles y adaptados a las necesidades de cada persona—, información suficiente para que la toma de decisiones respecto a la sexualidad sea libre y consentida; el derecho a disfrutar de la actividad sexual sin ningún tipo de riesgos o inhibiciones, ni de coacciones externas o intimidaciones; el derecho a elegir libremente sobre la procreación y, asimismo, sobre la no procreación, entre otros.

Los derechos sexuales y reproductivos han sido recogidos en diversos instrumentos de derechos humanos tanto de manera implícita como de manera explícita. Para mencionar solamente algunos, obsérvese que la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada en diciembre de 1948) de manera general dispone que “todos los seres humanos

²⁸⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-131 de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

²⁸⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz D.

nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Art 1°); que no puede existir ningún tipo de distinción por motivo de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Art. 2°); que nadie podrá ser sometido “a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Art. 5°); y asimismo, que nadie podrá ser “objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (Art. 12).

También es importante precisar lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada en noviembre de 1989). La Convención asume que niño es toda persona que no ha cumplido dieciocho años (Art. 1). Mediante ella se impone a los Estados la obligación de garantizar que todo niño esté protegido contra toda forma de discriminación (Art. 2) y a brindar el cuidado que sea necesario para su bienestar (Art. 3). Debe mencionarse que el Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General No. 9 (2006), dispuso que los niños con discapacidad son más vulnerables a todo tipo de abuso en los diferentes entornos (numeral 42), escenario que lamentablemente puede verse favorecido, entre otras, por el constante equívoco de considerar a los niños con discapacidad como seres no sexuales (literal e, numeral 42).

Ahora bien: en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 23° de la CDPD dispone que los Estados adoptarán las medidas efectivas para poner fin a la discriminación en las cuestiones relacionadas con el matrimonio, familia, paternidad y demás instituciones similares; a que se reconozca el derecho a las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio a casarse y a fundar una familia sobre la base del libre consentimiento; a decidir libremente el número de hijos; y a tener acceso a la información sobre reproducción y métodos de planificación apropiados.

Expresamente se señala que los Estados deberán garantizar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”. Asimismo, la mencionada Convención precisa que los Estados prestarán el apoyo necesario a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en lo que respecta a la crianza de sus hijos.

Dichos enunciados normativos deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en el precitado artículo 12° —que se constituye en eje transversal de interpretación de los derechos—, del artículo 24° —que se refiere al acceso a la educación para la inclusión plena en la sociedad—, y en todo caso del artículo 3°, que consagra los principios generales de la precitada Convención, entre ellos la libertad de tomar las propias decisiones, la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

De modo que a la luz de este instrumento de derechos humanos, una medida tal como la anticoncepción quirúrgica definitiva sin previo consentimiento de la persona sometida a la práctica médica, no solamente afecta la posibilidad de la persona de tomar libremente sus propias decisiones y el derecho a que se le informe adecuadamente, a través de los apoyos necesarios, con el fin de promover el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad, sino que es una medida que deviene en discriminatoria.

Desde la dimensión de la igualdad como diferenciación positiva es factible, en un momento dado y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la adopción de medidas de protección a favor de las personas menores de edad en situación de discapacidad bajo el sistema de apoyos, a fin de preservar las condiciones actuales para que a futuro las personas puedan ejercer libremente sus derechos en condiciones de igualdad (protección del consentimiento orientado a futuro).

3. A modo de conclusión del capítulo

En los últimos años, el sistema normativo colombiano ha presentado algunos avances frente al tema de la discapacidad. En vigencia de la Constitución anterior, la discapacidad era un hecho social totalmente subvalorado y se constituye en criterio justificativo para la restricción de los derechos. Asimismo, la discapacidad es una cuestión que se enmarca

dentro del ámbito del derecho privado y las personas que enfrentan esta situación son objeto de medidas netamente asistencialistas.

La entrada en vigor de la Constitución de 1991 supondrá un cambio de paradigma respecto al tratamiento de la discapacidad. La nueva carta política de los colombianos, mediante el reconocimiento de valores constitucionales tales como la dignidad humana y la igualdad material, establece un régimen especial de protección a favor de este colectivo de personas. El nuevo escenario constitucional ha facilitado el reconocimiento paulatino de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, lo que se ha conseguido especialmente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A pesar de que este Tribunal ha dado pasos importantes en materia de discapacidad, desde el punto de vista legal y reglamentario no se han dispuesto aún los instrumentos adecuados para garantizar, con carácter general y de manera efectiva, los derechos de las personas en situación de discapacidad, lo que se refleja en los altos índices de marginación y de exclusión social que sigue cobijando a este grupo de personas.

Pese a que la legislación recientemente expedida sobre discapacidad presenta un leve desarrollo en el tema de la igualdad, aún se asume que esta cuestión se origina en factores estrictamente individuales, con lo cual las medidas de protección se orientan básicamente a facilitar el *desempeño normal* de estas personas en la sociedad. Adicionalmente, las pocas medidas que se adoptan en esta materia están desprovistas de todo carácter coercitivo, lo que claramente afecta su cabal cumplimiento.

Con la expedición de la Ley 1306 de 2009 no se evidencian cambios significativos en materia de reconocimiento de la capacidad jurídica, toda vez que se mantiene el mismo esquema de representación (sustitución de la voluntad).

Aunque la Corte Constitucional colombiana ha dado algunos pasos importantes en materia de protección de la discapacidad, aún mantiene en su jurisprudencia rezagos del modelo de la prescindencia en lo que tiene que ver con la protección de los derechos sexuales y reproductivos del grupo poblacional en mención.

Capítulo 4

Efectos del artículo 12 de la CDPD en el sistema normativo colombiano. El pleno reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad

El artículo 12 de la CDPD se titula “Igual reconocimiento como persona ante la ley” y, como se ha visto, aboga por el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Una primera aproximación al artículo 12 plantea la necesidad de ajustar las normas e instituciones existentes en esta materia, para levantar la restricción que ha existido sobre las personas en situación de discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. El ajuste de carácter formal derivaría de dar cumplimiento a la exigencia de igualdad como criterio de generalidad, esto es: precisar el contenido de la igualdad, que supone que la ley tenga carácter general y abstracto.

Ahora bien, el numeral 3° del mencionado artículo impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para brindar a las personas con discapacidad el apoyo suficiente para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Por su parte, el numeral 4° exige a las autoridades el deber de proporcionar las salvaguardias necesarias de cara al pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

Como puede observarse, los numerales 3° y 4° adicionan el contenido material de la igualdad al ejercicio de la capacidad jurídica, imponiendo además la obligación de arbitrar los medios suficientes para que las personas en situación de discapacidad puedan tomar sus propias decisiones (sistema personalizado de apoyo). Sin embargo, el mencionado contenido material se conecta básicamente con la capacidad de decidir —lo que ciertamente se constituye en un supuesto básico de la autonomía moral—, pero que por sí mismo no termina de plantear un escenario favorable para el ejercicio de los derechos.

Tal como se ha reseñado, pese a que el reconocimiento de la capacidad jurídica es presupuesto para el ejercicio de los derechos, la falta de materialización de estos a su vez condiciona el ejercicio de la capacidad jurídica. En efecto, al lado del reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones deberán arbitrase las medidas necesarias

para remover las barreras que le impiden a la persona elegir autónomamente, para lo cual resultan útiles, entre otras, las políticas de accesibilidad —dentro de las que se incluyen los ajustes razonables—; las acciones positivas (igualdad como exigencia de diferenciación) y las medidas contra la discriminación (igualdad como exigencia de equiparación).

Por esa razón, la interpretación del artículo 12 que parece adecuada es la que se hace sistemáticamente, de cara a los derechos y principios convencionales pero también de cara al modelo social, sobre el que hunde sus raíces este instrumento de derechos humanos.

En ese orden de ideas, a continuación se presentará una propuesta de ajuste del ordenamiento jurídico colombiano en virtud de dicha interpretación del artículo 12. Esta propuesta se centrará en dos aspectos: i) el modelo de capacidad jurídica ii) y las barreras de acceso a los derechos. En el primer punto se revisará la legislación existente y se propondrá una modificación general al esquema de capacidad y las características básicas que debería tener el modelo de apoyo para cumplir con los objetivos convencionales de cara a la igualdad en sus diferentes dimensiones (generalización, diferenciación y equiparación). En el segundo se plantearán algunas estrategias generales para el acceso a los derechos (acciones positivas y ajustes razonables) en un escenario de reconocimiento de la capacidad jurídica (medidas de apoyo), todo de cara a la remoción de las barreras que impiden la igualdad.

Previamente se había mencionado que existen cuatro tipos de barreras: físicas, conductuales, económicas y sociales, y de reconocimiento legal. Esta última, específicamente, hace referencia al reconocimiento de la capacidad jurídica por lo que tiene que ver directamente con el desarrollo del primer punto (1.2). Las otras tres barreras se enfocan en el acceso a los derechos, por lo que se desarrollarán concretamente en el segundo punto (2.1). Se trata de una división de tipo conceptual para efectos metodológicos; pero esto no quiere decir que en un momento dado las estrategias, o incluso las propias barreras, terminen entrecruzándose.

Obviamente, dicha propuesta no tiene pretensión de exhaustividad dado que la realidad de los derechos plantea una multiplicidad de situaciones. Simplemente se adoptarán algunos criterios que, de manera transversal, puedan resultar útiles para el logro de los objetivos convencionales en un marco de respeto de la diferencia y la igual dignidad. Si bien dicha

propuesta se encamina a garantizar los derechos de las personas en situación de discapacidad, en realidad es un planteo que puede extenderse a cualquier grupo humano o persona individualmente considerada. La posibilidad de tomar decisiones en un contexto de igualdad no es una cuestión que solo tenga que ver con las pretensiones de dignidad de las personas en situación de discapacidad.

El presente capítulo se orienta, entonces, a efectuar un estudio de la normatividad colombiana en materia de capacidad jurídica, evaluando el impacto jurídico que tiene la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad — especialmente en lo que tiene que ver con la protección de la autonomía— en el ordenamiento jurídico colombiano, y centrando el análisis en el artículo el artículo 12 del mencionado instrumento de derechos humanos, que trata sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

1. Análisis del modelo de la capacidad jurídica en Colombia (Ley 1306 de 2009)

El objeto de esta ley es “la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad” (Art. 1º). Esta ley señala que la discapacidad mental es producto de las limitaciones psíquicas o de comportamiento que padece una persona que le impiden comprender el alcance de sus actos, lo que la lleva a asumir riesgos excesivos en el manejo de su patrimonio (Art. 2º). Dentro de los principios que inspiran la ley se encuentran el respeto de la dignidad y autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; la no discriminación por razón de discapacidad; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la igualdad de oportunidades, entre otros (Art. 3º).

Se dispone que el Estado colombiano deberá garantizar el disfrute pleno de todos los derechos a las personas con discapacidad mental, de acuerdo con su capacidad de ejercicio; asimismo, se establece que se deberá prohibir y sancionar toda forma de discriminación por motivo de discapacidad; que deberá brindarse protección especial a las personas con discapacidad mental; y que deberán crearse medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de este colectivo de personas (Art. 5º).

En cuanto al reconocimiento de derechos, la Ley 1306 dispone que las personas en situación de discapacidad mental tendrán los mismos derechos que se consagran en el Código de la Infancia para los niños, niñas y adolescentes, y los que se consagran para las personas con discapacidad física, así como los que se reconocen a las personas de la tercera edad y demás población vulnerable en cuanto le sean aplicables (Art. 8º). Asimismo se dispone que las personas con discapacidad mental no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada o familiar (Art. 10º). También se señala que estas personas tendrán derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, adiestramiento, educación y rehabilitación proporcionales a su nivel de deficiencia, a efectos de que puedan lograr mantener la máxima independencia y plena participación en los aspectos de la vida diaria (Art. 11º).

En virtud del artículo 17º de esta ley se considera que son personas con discapacidad mental absoluta “quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”. Las personas con discapacidad mental absoluta pueden ser objeto de varias medidas que buscan su protección, ya sea a través del internamiento o de la interdicción. Concretamente, se dispone que estas personas gozarán de plena libertad a menos que su internamiento sea imprescindible para el bienestar propio y el de la comunidad (Art. 20º). Dicho internamiento no podrá ser superior a un año, pero podrá prorrogarse indefinidamente por plazos idénticos (artículo 23). La interdicción, entretanto, es una medida de restablecimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad mental absoluta (Art. 25º).

Por su parte, la discapacidad mental relativa cobija a aquellas personas que padecen deficiencias de comportamiento o prodigalidad, que como consecuencia de ello puedan poner en serio riesgo su patrimonio, razón por la cual podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos (Art. 32º) salvo que cuenten con la asistencia de un consejero (Art. 34º). El inhabilitado podrá solicitar su rehabilitación, que el juez podrá declarar una vez que se realicen las pruebas técnicas sobre su comportamiento que así lo acrediten (Art. 38º).

La ley dispone que los actos que realice una persona con discapacidad mental sometida a interdicción serán absolutamente nulos, mientras que los actos que realice una persona con

discapacidad mental sometida a inhabilitación serán relativamente nulos frente a los campos en que se encuentre inhabilitada (Art. 48°).

La ley en comento plasma un sistema de representación para cada uno de los supuestos: en el caso de los menores y las personas con discapacidad mental absoluta,

el curador representará al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan, con las excepciones de ley. Las acciones civiles contra las personas con discapacidad mental absoluta y menores deberán dirigirse contra el curador, para que lo represente en la litis (Art. 88).

En relación con la representación de las personas con discapacidad mental relativa, la ley dispone que

El consejero solo representa al inhábil cuando haya recibido de este último mandato general o especial. Todo acto del pupilo comprendido dentro de las limitaciones del inhábil, deberá contar con la aquiescencia del guardador, proferida como autorización o mediante ratificación del acto ejecutado. Las discrepancias que surjan entre el pupilo, el inhábil y el consejero, respecto a la celebración de un acto determinado, serán resueltas por el juez o por un Tribunal de Arbitramento convocado conforme a las leyes procesales (Art. 90).

Como puede observarse, es una ley que no presenta ninguna novedad respecto a la visión proteccionista tradicional. Quizás el único avance significativo lo presenta el artículo 2°, en virtud del cual se dispone que el término “demente” tendrá que sustituirse por el de “persona con discapacidad mental”, adecuado a los términos de la Convención Internacional en materia de discapacidad.

De resto, es una ley que presenta serios reparos. En primer lugar puede mencionarse que a pesar de que la ley recoge de manera textual los mismos principios de la Convención, no evidencia un desarrollo de ellos a lo largo del texto ni de manera explícita ni de manera implícita. De hecho esta ley presenta algunas contradicciones entre los principios y su contenido. A modo de ejemplo, si bien la misma se funda en el respeto por la dignidad

humana y la autonomía personal, no obstante aún brinda a este colectivo de personas el mismo trato que se otorga a la población infantil.

De otra parte, la ley asume que la discapacidad mental es producto de una limitación psíquica que le impide a este grupo de personas llevar a cabo una vida normal, desestimando las implicaciones del factor social. Como puede observarse, esta ley aún mantiene un enfoque claramente asistencialista y aún apuesta por las figuras tradicionales para el tratamiento de la discapacidad (inhabilitación, interdicción, patria potestad prorrogada, etc.), lo que está completamente revaluado desde la óptica de la Convención.

También se dispone que la figura del internamiento forzoso entre a operar en ciertos casos, prescribiendo que su duración podrá prorrogarse indefinidamente en el tiempo (Art. 23); lo que contraría, además de la Convención, las normas internacionales sobre la privación legal de la libertad.

A pesar de que esta ley adopta la figura del “consejero” —lo que supone un paso crucial hacia el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental—, dicha figura solamente se concibe para brindar a estas personas asistencia sobre temas relativos a sus intereses patrimoniales.

Finalmente, salvo los derechos a la rehabilitación y educación especializada, la ley no recoge un catálogo de derechos sino que simplemente hace remisión expresa a normas que protegen los derechos de otros grupos específicos de la población y que, dependiendo del caso concreto, también puedan aplicarse a las personas en situación de discapacidad mental, con lo que se le resta importancia a la cuestión de la identidad y la diversidad como parte esencial de la condición humana.

1.1. Descripción general del sistema de representación

Tal como se observa, el ordenamiento jurídico colombiano, que ha estado basado históricamente en el esquema de la representación, adopta mecanismos de protección para las personas en situación de discapacidad cuyo eje fundamental gira en torno a la restricción de la capacidad de obrar.

El proceso de interdicción/inhabilitación es un instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente a una persona física de su capacidad de obrar. A pesar de que se ha hecho una reforma relativamente reciente al Código Civil (justamente con la expedición de la ley 1306 de 2009), el régimen jurídico colombiano aún apunta a un modelo de “sustitución de la voluntad” para la toma de las decisiones. De ese modo, las cuestiones relevantes que atañen a las personas con discapacidad siguen condicionadas a la voluntad del representante (curador/consejero) y, en ocasiones, a la de los familiares del “incapaz”, sin más consideración. Como puede observarse, las únicas decisiones del representante que requieren autorización especial son aquellas que puedan acarrear un detrimento patrimonial para el representado.

La consecuencia de la declaración de incapacidad es que la persona, aun cuando sigue teniendo capacidad de goce (puede ser titular de derechos y obligaciones), tiene limitada su capacidad de obrar. En ese orden de ideas, para que sus actos sean jurídicamente válidos se constituye la interdicción para los casos de incapacidad total o absoluta, y la inhabilitación para aquellos casos de incapacitación parcial o relativa, determinando el campo de acción del incapacitado y de su curador o consejero.

Respecto a la figura de protección dispuesta para los incapaces absolutos (interdicción), el curador asumirá la representación legal de la persona y la administración de su patrimonio, cubriendo sus obligaciones tanto en un ámbito patrimonial como personal. El consejero no contempla la representación legal del incapacitado, tratándose entonces de un régimen complementario —asistencia en los actos que la persona con discapacidad no pueda llevar a cabo por sí misma y que tienen que ver con actos de administración de los bienes y del patrimonio de la persona representada—, sin que entre a operar en otros ámbitos la restricción a la capacidad de obrar de la persona en situación de discapacidad.

1.2. Análisis del modelo colombiano frente al artículo 12 de la CDPD. La exigencia de igual reconocimiento ante la ley

1.2.1. Análisis conceptual

Antes de efectuar el análisis de la normatividad colombiana en materia de igual reconocimiento ante la ley en materia sustancial y procedimental, es importante abordar una cuestión que tiene carácter transversal dentro de dichos ámbitos de regulación. Es lo relativo al concepto o a la forma como se caracteriza o se define a la discapacidad, entendiendo que el lenguaje tiene incidencia en la propia consideración del ser humano ya que su uso con fines discriminatorios es usual a lo largo de la historia.

De acuerdo con lo señalado, el tratamiento de la discapacidad no siempre ha estado asociado al discurso de los derechos humanos. Recuérdese que en los modelos médico-rehabilitador y de la prescindencia se concibe la discapacidad como un problema que se origina en la propia persona y que precisa de soluciones que estén orientadas a enfrentar situaciones que en sí mismas se consideran como “anormales o indeseables”.

Por esa razón, las normas sobre discapacidad habitualmente han estado redactadas en términos de deficiencia (malformación, patología, invalidez, etc.); en términos de marginación (imbécil, loco, mentecato, etc.); o en términos de incapacidad productiva (dependencia, limitación, minusvalía, impedimento, etc.); todo según el modelo que se asuma o la visión que se tenga de la discapacidad en un momento determinado.

Como se ha visto, el sistema colombiano ha definido la discapacidad bajo el prisma de cada uno de los mencionados enfoques, con prevalencia de uno sobre otro según el momento histórico, aunque con predominio en la actualidad del modelo médico-rehabilitador.

La Constitución colombiana en el artículo 47 dispone lo siguiente: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Tal como se observa, dicho precepto constitucional identifica la discapacidad con la disminución (física, sensorial o física), lo que es propio del abordaje desde el modelo médico. Esto se debe a la visión que predominaba sobre la discapacidad en el momento de promulgarse la Constitución, incluso en el ámbito del derecho internacional.

Una lectura del precepto constitucional de cara a la Convención pone en evidencia la obligación de realizar ajustes normativos. En primer lugar hay que suprimir la mención a la “disminución” y en su lugar incluir la referencia a “personas con discapacidad”. En segundo lugar, obligaría a modificar o en su caso a adicionar las menciones relativas a la estrategia de protección, dado el carácter reduccionista de términos tales como previsión o rehabilitación. En su lugar es preciso incluir expresiones que amplíen el espectro de intervención y que definan la discapacidad en clave del modelo social, tales como autonomía, establecimiento de condiciones materiales necesarias, eliminación de barreras, apoyo en el disfrute de los derechos, toma de conciencia, etc.

Por su parte, el artículo 54 constitucional dispone lo siguiente: “(...) El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

Este artículo reafirma la postura constitucional a propósito de la inclinación hacia el modelo médico en el tratamiento de la discapacidad. De cara a la Convención, quizás el artículo debería estar redactado de la siguiente manera: el Estado debe propiciar la inserción laboral de las personas en edad de trabajar y garantizará a las personas con discapacidad el derecho al trabajo, en condiciones de igualdad con los demás.

Ciertamente el uso de lenguaje incide en la construcción del imaginario colectivo. Ahora, más allá de las repercusiones negativas que pueda llevar aparejada una redacción en tal sentido, en general el marco constitucional colombiano plantea un escenario favorable para la implementación de medidas a favor de las personas con discapacidad, no solo por la importancia que suscita la fórmula “Estado social de derecho” en la protección de la dignidad humana (Art. 1), unido al carácter transversal que tiene el principio de igualdad en el ordenamiento jurídico (Art. 13), sino además por lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, que obliga a interpretar las normas internas a la luz de los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (bloque de constitucionalidad), tal como se dejó anotado en el capítulo anterior.

Es importante resaltar el papel que ha desempeñado progresivamente la Corte Constitucional colombiana en el ajuste de tales menciones, vocablos o expresiones que giran en torno a la discapacidad. Incluso desde antes de ratificarse la Convención, dicho tribunal ya había tomado decisiones en esa dirección por considerar que las disposiciones que eran objeto de estudio resultaban discriminatorias y atentaban contra la dignidad humana.

Así pues, en sentencia del año 2002, el Alto tribunal declaró inexecutable la expresión “por escrito” contenida en los artículos 62, 432, 560 y 1504 del Código Civil por ser contraria a la Constitución, ya que imponía restricciones a las personas con alguna discapacidad sensorial, que no podían darse a entender por este medio, a quienes se definía como incapaces absolutas. La Corte manifestó que el hecho de que la forma de expresión fuera diferente a la habitual no necesariamente implicaba que la persona no tuviese la facultad de discernir o de tomar decisiones y comprometerse en el mundo jurídico.

No obstante, aclaró que si

el sordomudo no puede darse a entender de manera clara e inequívoca, es decir no puede comunicarse de manera inteligible, será sin lugar a dudas un incapaz absoluto. Resulta claro que si una persona con tales limitaciones no puede exteriorizar sus pensamientos de manera tal que pueda darse a entender en forma indiscutible, no puede tener capacidad legal²⁸⁸.

En esta misma providencia la Corte también declaró inexecutable la frase “y tuviere suficiente inteligencia”, incluida en el artículo 560 del Código Civil, que versaba sobre las condiciones que debía tener la persona para solicitar la extinción de la curaduría, por considerar que imponía exigencias adicionales a las personas con discapacidad, lo que resultaba a todas luces discriminatorio²⁸⁹.

²⁸⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-983 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁸⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-983 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, mediante providencia del año 2003 el mencionado tribunal declaró inexecutable las expresiones “...los furiosos, locos, mientras permanecieran en la locura, y en los mentecatos a...”, incluidas en el numeral tercero del artículo 140 del Código Civil, que versa sobre la presunción de falta de consentimiento para otorgar válidamente el matrimonio.

Sin embargo, la Corte aclaró que a pesar de que las expresiones demandadas no se ajustaban a la Constitución, el fin que perseguía la norma encontraban razón de ser en la protección de las personas que “padecían” enfermedades mentales, a fin de asegurar “una igualdad de trato entre desiguales pues la libertad para expresar el consentimiento para contraer matrimonio no se halla presente en quien se encuentra, en un determinado momento, privado de su capacidad de razonar”²⁹⁰

En la misma providencia la Corte también declaró inexecutable las expresiones “...imbecilidad o idiotismo...” y “...o de locura furiosa...” incluidas en el artículo 545 del Código Civil, que regulaba la privación de la administración de los bienes por motivo de demencia. Aclaró que el establecimiento de dicha medida de protección debía hacerse en la sentencia que declarara la respectiva interdicción, para lo cual era necesario que el estado de demencia fuera habitual pese a que existieran intervalos de lucidez. La Corte indicó que la norma en comento aseguraba “la protección del patrimonio de las personas que padecen tales aflicciones, y por ende, se encamina, en términos modernos, a asegurar una igualdad de trato entre desiguales”²⁹¹.

Por obvias razones el análisis conceptual también se proyecta en la definición misma de la discapacidad. Después de expedirse la Constitución de 1991 se aprobó la ley 100 de 1993, aún vigente, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral. En dicha ley se identifica la discapacidad con la invalidez o con la incapacidad laboral. El artículo 38 dispone lo siguiente: “Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”²⁹².

²⁹⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-478 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas.

²⁹¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-478 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas.

²⁹² Mediante sentencia del año 2015, la Corte Constitucional colombiana declaró executable los términos “inválido”, “inválida” e “invalidéz”, incluidos todos en el cuerpo de ley 100 de 1993. Al respecto ver, Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz.

La declaratoria de incapacidad otorgará al beneficiario una prestación económica permanente, denominada pensión de invalidez, siempre y cuando se acredite un tiempo mínimo de afiliación al sistema (art. 39). La pérdida de capacidad laboral y la calificación del grado de invalidez serán determinadas, en primera instancia, por la Administradora colombiana de pensiones; las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez; y las Entidades Promotoras de Salud, según sea el caso. En el evento en que exista desacuerdo con el sentido de la calificación, que deberá estar siempre motivada, se remitirá el expediente a la Junta Regional de Calificación, cuya decisión, a su vez, será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (art. 41).

En el año 1997 se expidió la Ley 361 por medio de la cual se crean mecanismos de integración social de las personas con limitación. Tal como se ha dejado señalado, esta ley se constituye en el marco general de regulación de la discapacidad en Colombia.

La ley 361 de 1997 tiene por objeto por objeto la “normalización social plena y la total integración de las personas con limitación” (Art. 3º). Es de anotar, que el vocablo “normalización” que aparece en varios apartados de esta ley fue demandado ante el Tribunal Constitucional por considerar que era discriminatorio y acentuaba la exclusión de las personas con discapacidad. En la respectiva sentencia —adoptada con posterioridad a la ratificación de la CDPD—, la Corte declaró la exequibilidad del término en cuestión argumentando que mediante el mismo no se hacía referencia a un estándar de optimización sino a la superación de barreras que impedían a la persona el disfrute de sus derechos, por lo cual concibió que su uso era legítimo y se ajustaba a la normatividad constitucional²⁹³.

Ahora bien, aunque la Ley 361 de 1997 no lo define expresamente, podría entenderse que una persona con limitación es la que tiene dificultades para su realización personal e integración social, situación que puede agravarse cuando dichas limitaciones sean severas o profundas²⁹⁴, ante lo cual debe otorgarse protección especial (Art. 1).

²⁹³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-066 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹⁴ Es de anotar que el artículo 1º de la Ley 361 fue demandado ante el Tribunal Constitucional por considerar que la expresión “severas y profundas” vulneraba el derecho a la igualdad de las personas que tenían discapacidades leves o moderadas, hecho que según el demandante las excluía del régimen especial de protección. La Corte declaró exequible dicho apartado aclarando que el alcance de la ley no dependía de un determinado grado de discapacidad sino que cubría a todas las personas que llegasen a sufrir alguna limitación. En esta providencia la Corte acogió una definición amplia del concepto de limitación que no

En esa misma línea, el artículo 18 de la Ley 361 identifica la limitación con la falta de capacidades al disponer lo siguiente:

Toda persona con limitación que no haya desarrollado al máximo sus capacidades o que con posterioridad a su escolarización hubiere sufrido la limitación tendrá derecho a seguir el proceso requerido para alcanzar sus óptimos niveles de funcionamiento psíquico, físico, fisiológico, ocupacional y social.

El Alto Tribunal para la época de la ratificación de la CDPD seguía este mismo razonamiento. Así pues, en la precitada Sentencia C-824 de 2011 dictaminó lo siguiente:

La Corte se ha pronunciado en relación con la marginación de que son víctimas las personas con limitaciones o con discapacidad, reconociendo que dicha marginación ha sido una constante histórica y ha tenido unas características singulares debido a particulares características de esta población (...) ²⁹⁵

En este punto cabe mencionar que cuatro años después de haberse ratificado la CDPD, en virtud de una demanda de inconstitucionalidad la Corte realizó el análisis de diferentes disposiciones normativas donde se incluían referencias a la discapacidad de manera directa o indirecta. Así pues, mediante la Sentencia C-458 de 2015, el órgano de cierre en materia constitucional, a propósito del examen de la precitada Ley 361, ordenó reemplazar los términos y expresiones, “limitación”, “limitaciones” y “disminución padecida” por “discapacidad” o por “situación de discapacidad”; y las expresiones o vocablos “limitados”, “limitada”, “personas limitadas” o “personas con limitaciones” por “personas en situación de discapacidad” ²⁹⁶.

Todo lo anterior por considerar que los fragmentos utilizados resultan discriminatorios y atentan contra la dignidad toda vez que

necesariamente involucraba la pérdida de la capacidad laboral, sino que incluía a todas las personas cuya limitación situaba en posición de debilidad manifiesta. Concluyó el Tribunal afirmando que las expresiones que eran objeto de análisis podrían predicarse de cualquier persona que tuviese alguna limitación. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-824 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.)

²⁹⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-824 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁹⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz.

contribuyen a la generación de una mayor adversidad para las personas en situación de discapacidad, pues ubican su situación como un defecto personal, que además los convierte en seres con capacidades restringidas que tienen un menor valor. Esta carga propia de las palabras citadas hace que los procesos de dignificación, integración e igualdad sean más complejos²⁹⁷.

El análisis de la Corte no solo se centró en las disposiciones de la ley en comento, sino que también se refirió a diversas normativas que incluían las mismas expresiones, o expresiones similares, tales como la Ley 100 de 1993, antes citada, o la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sobre esta última se dispuso la sustitución del término “discapacitado” o “discapacitados”, por la expresión “personas en situación de discapacidad”.

Llama la atención que el Alto Tribunal, en la misma providencia, haya declarado exequibles los términos “inválido”, “inválida”, “inválidos”, “invalidéz” e “invalidarse”, contenidos en diferentes disposiciones normativas, argumentando que

la función de estas expresiones no es agravar o restar dignidad a las personas en condición de discapacidad. Las palabras acusadas son elementos normativos de disposiciones que regulan sistemas complejos, que interactúan constantemente con otros, por ejemplo el sistema de seguridad social en pensiones. Además, pretenden determinar los procedimientos y destinatarios de ciertas prestaciones sociales, que obviamente tienen como objetivo proteger a poblaciones consideradas vulnerables y que han perdido capacidad laboral²⁹⁸.

Pues bien, bajo las condiciones actuales es perfectamente posible que el Estado adopte medidas positivas a favor de personas con discapacidad, dada la situación de desventaja que ellas acarrearán, entre otras razones por las dificultades para acceder a los mismos bienes y servicios que disfrutaban los demás. Sin embargo, de acuerdo con el enfoque de la Convención dichas medidas justamente deben orientarse a eliminar barreras sociales que generan desigualdad, a diferencia de lo que ocurre en el modelo médico, desde donde se diseñan las medidas en función de situaciones individuales de carencia o déficit.

²⁹⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz.

²⁹⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz.

Ahora, tradicionalmente el término “invalidez” designa a aquella situación donde una persona se encuentra impedida para realizar una actividad, ante lo cual se le concede una prestación económica. La situación de invalidez generalmente es calificada por una junta médica que determina, en términos porcentuales, las condiciones de la persona para cumplir una labor, precisamente en atención a su enfermedad o disfuncionalidad ²⁹⁹.

En el lenguaje común, el término “invalidez” en sí mismo tiene una carga emotiva negativa toda vez que identifica una disminución o mengua respecto a un estándar promedio. En el ámbito de la seguridad social designa a la persona que ha perdido la capacidad laboral y que precisa de una ayuda que, en la práctica, podría llegar a estar o no ajustada a las preferencias e intereses del presunto beneficiario toda vez que la tasación de la ayuda responde a un esquema general que no puntualiza las necesidades de cada individuo.

Aunque “incapacidad” e “invalidez” representan dos realidades jurídicas distintas, tienden a asociarse o a confundirse —lo que genera ambigüedad en el momento de definir estrategias de intervención— en tanto que son conceptos que parten de una base común de entendimiento: la situación de carencia.

Lo anterior claramente se aparta del discurso de la Convención porque funda la medida de protección en la incapacidad del individuo para valerse por sus propios medios, convirtiendo a la persona en objeto de medidas asistencialistas, lo que desconoce varios de los pilares fundamentales de este instrumento de derechos humanos, entre ellos el reconocimiento de la autonomía y de la igual dignidad.

Entendiendo que el otorgamiento de la prestación se funda en las dificultades que afronta la persona para acceder a un puesto de trabajo, su reconocimiento no puede suponer la remoción de la persona de la actividad productiva porque eso acentuaría la exclusión. Hasta tanto no se cuente con programas de empleo que garanticen la igualdad de

²⁹⁹ De cara al modelo social, el sistema de calificación tendría que ajustarse en la medida en que basa la falta de capacidad de la persona en la valoración de la disfunción, desestimando el impacto de los factores externos en las restricciones a la actividad, unido a que desde este modelo no se entendería la exclusión de la persona de cualquier ámbito de participación social, más allá del reconocimiento de una compensación económica. Dicho sistema está regulado actualmente en el Manual Único para la calificación de la invalidez, adoptado mediante Decreto 1507 de 2014.

oportunidades deberán coexistir las medidas asistenciales (pensiones, ayudas, beneficios, etc.), y las políticas de inserción laboral (accesibilidad y ajustes razonables).

Finalmente, es importante destacar que ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte, incluso después de adoptarse la CDPD, el uso de vocablos o expresiones tales como vulnerabilidad³⁰⁰, debilidad manifiesta³⁰¹, estado de indefensión³⁰², sujetos de especial protección³⁰³, etc., para caracterizar a las personas con discapacidad, sobre todo en el momento de justificar medidas afirmativas a favor de este grupo poblacional.

Lo anterior está en línea con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 13 constitucional, que reza lo siguiente: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Pues bien, la idea de justificar las medidas de protección en razón de los factores de debilidad o de déficit —lo que es propio del modelo asistencialista— resulta equivocada, por cuanto devalúa la propia consideración de la persona, arrebatando su condición de sujeto moral hasta el punto de llegar a su instrumentalización, unido a que, más allá de la obtención de un beneficio concreto, una línea de intervención eminentemente benefactora a largo plazo no genera igualdad sino justamente lo contrario: perpetúa la situación de desigualdad.

Paradójicamente, el Tribunal Constitucional aún en el 2016 hace referencia en algunos de sus pronunciamientos al *derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales*, a pesar de los avances que el mismo órgano judicial había evidenciado, en sede de tutela y de control de constitucionalidad. También justifica la protección de la persona en la circunstancia de debilidad manifiesta; e incluso asimila la discapacidad con la mengua en salud, dado el hecho objetivo común que es la enfermedad, para efectos de otorgar protección laboral reforzada³⁰⁴.

³⁰⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-074 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-141 de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.

³⁰² Corte Constitucional colombiana. Sentencia. T-029 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos.

³⁰³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-890 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa.

³⁰⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia. T-029 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos.

Con todo, la Corte Constitucional ha dado pasos importantes en la adaptación de la legislación interna a las disposiciones convencionales en lo que respecta al ajuste de los vocablos, términos y expresiones a través de los cuales se define la discapacidad. No obstante, algunas decisiones evidencian que el Alto Tribunal mantiene aún una postura predominantemente asistencialista al punto de llegar a concebir a las personas con discapacidad como sujetos en condición de inferioridad; adicionalmente, aquellas disposiciones pensadas desde el enfoque de los modelo médico o de la prescindencia, que no han sido objeto de cuestionamiento constitucional, aún siguen vigentes.

1.2.1.1. Propuesta general en cuanto a la definición conceptual

De acuerdo con lo anterior, en primer lugar se recomienda ajustar todas las menciones que explícita o implícitamente hacen referencia a la discapacidad a los términos de la CDPD, removiendo los vocablos y las expresiones que resulten discriminatorios.

En segundo lugar, se recomienda adoptar una definición de “discapacidad” y de “personas con discapacidad” que resulte acorde con la filosofía de la CDPD.

Como se ha visto, este instrumento no hace una definición concreta de la discapacidad ni de los tipos de discapacidad, pero sí brinda elementos que permiten describir una determinada visión sobre la discapacidad en clave del modelo social, entendiendo que aquella no es una condición que está en la persona sino que es el resultado de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras.

En tercer lugar, se recomienda adecuar los términos a través de los cuales se caracteriza a las personas con discapacidad. En ese sentido, las medidas de protección deben fundarse en la “condición de desventaja” o en las “restricciones a la participación” por motivo de discapacidad.

Dicha caracterización deberá basarse en la dignidad humana y responder a la necesidad misma de adoptar una medida diferenciadora. En efecto, la regla es que todas las normas tengan un enfoque neutral (igualdad como exigencia de generalidad). Empero, podrán

adoptarse medidas concretas para proteger los derechos de grupos específicos (igualdad como exigencia de diferenciación), cuando la situación así lo disponga.

Ahora, cuando las medidas que se adoptan en virtud de un determinado modelo de caracterización vulneren o pongan en riesgo la dignidad o integridad, ya sea física o moral, más allá de que ellas estén sustentadas en una pretensión de favorecimiento; o por otra parte comporten una restricción al ejercicio de los derechos, por motivo de discapacidad, deberá optarse por su remoción en tanto que se estaría afectando la cláusula de *no* discriminación (igualdad como exigencia equiparación), recogida en el artículo 2° de la CDPD.

1.2.1.2. Propuesta concreta en cuanto a definiciones

Se proponen las siguientes definiciones:

Discapacidad: es la situación resultante de la interacción entre factores individuales y las barreras del entorno social que impiden el ejercicio de los derechos.

Persona con discapacidad: es aquella que tiene deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con las distintas barreras del entorno social, le impide el ejercicio de los derechos.

1.2.2. Análisis frente a disposiciones sustanciales

Como se ha mencionado, el artículo 12 de la CDPD reconoce a las personas con discapacidad el derecho a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica, en igualdad de condiciones frente a los demás.

En términos generales, la personalidad es una condición o aptitud vinculada a la titularidad de derechos. Por su parte, la capacidad es la medida a través de la cual se proyecta o se modula dicha aptitud.

La capacidad, a su vez, se divide en dos: capacidad de goce, o legal, y capacidad de obrar, o de ejercicio. La primera se identifica con la personalidad y consiste en la condición que tiene toda persona de ser sujeto de derechos. La segunda es la credencial que se otorga a ciertas personas para poder disponer libremente de los propios intereses mediante actos de voluntad.

En el caso colombiano, como se ha mencionado, el abordaje de la personalidad y de la capacidad jurídica se hace a través de normas del Código Civil, estatuto que desde hace más de un siglo se constituyó —y se constituye aún— en el eje de regulación de figuras e instituciones que giran alrededor del concepto de persona y de las relaciones de parentesco (personalidad/capacidad de goce), así como de los actos de disposición de intereses (capacidad de ejercicio), ya sean de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Por su carácter transversal, el marco regulatorio civil tiene efectos expansivos en diferentes ámbitos del Derecho y, por supuesto, en el ámbito de los derechos. De donde surge la siguiente inquietud: ¿qué repercusión tiene en el ordenamiento jurídico colombiano, para el goce y ejercicio de los derechos, lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD respecto al reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones?

Indefectiblemente tendrá que suponer un replanteamiento de las categorías dogmáticas a través de las cuales se definen los conceptos básicos e instituciones del Derecho que adoptan una idea de dignidad vinculada a la capacidad del ser humano para ajustarse a las condiciones que impone un determinado modelo social, en virtud de intereses o concepciones predominantes o de las necesidades mismas del sistema productivo.

La obligación de reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica no se logra con la sola transcripción del enunciado que así lo consagra en un texto normativo, sino que precisa de unas condiciones materiales básicas, que surgen de una interpretación global de la Convención para efectos de asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno de sus derechos. A continuación se entrará a dilucidar qué traduce la exigencia del reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica, de cara al modelo social.

Exigencia del reconocimiento de la personalidad jurídica

Concretamente, en cuanto a la personalidad jurídica, lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD impone la obligación de brindar a las personas con discapacidad igual reconocimiento jurídico, en el marco del respeto de la diversidad y la dignidad humana; de lo anterior surgen dos mandatos específicos: i) el mandato de reconocimiento formal y ii) el mandato de reconocimiento material.

Básicamente, lo primero (i) se traduce en otorgar a las personas con discapacidad el mismo reconocimiento jurídico que se brinda a las demás. Lo segundo (ii) supone tomar las medidas necesarias para asegurar la protección de los contenidos que se vinculan directamente a dicho reconocimiento. A continuación pasará a explicarse cómo deberían proyectarse dichos mandatos frente a la realidad constitucional colombiana.

i) El mandato de reconocimiento formal de la personalidad

El mandato de reconocimiento impone a los poderes públicos la obligación de acreditar la existencia legal de todos los individuos, sin consideración a las características particulares que los diferencia de sus homólogos, lo que de suyo confiere al titular de dicho reconocimiento la condición de sujeto de derechos.

La Constitución colombiana, en su artículo 14, dispone que *toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*.

Como bien lo ha establecido la Corte Constitucional, tal reconocimiento

apareja un vínculo inescindible con el Estado y sus semejantes, en el que el concepto de persona adquiere una connotación singularizadora, con respecto de quienes revisten igual condición; pero, al mismo tiempo, equiparadora, en relación con el trato que merecen de los distintos estamentos –públicos y privados– adheridos al conglomerado social³⁰⁵.

³⁰⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-108A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Por su parte, el artículo 74 del Código Civil dispone lo siguiente: *Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.*

En principio, el mencionado articulado que versa específicamente sobre el concepto de persona y sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica no parece plantear reparos de cara al artículo 12 de la CDPD.

ii) El mandato de reconocimiento material de la personalidad

El mandato de reconocimiento material obliga a los poderes públicos a remover las barreras y obstáculos que impiden, por motivo de discapacidad, el ejercicio de la personalidad jurídica, toda vez que, si bien su reconocimiento otorga de facto una posición jurídica, se requiere que exista “(...) un compromiso del Estado y de la Constitución para promover su respeto y efectivo ejercicio”³⁰⁶.

Un aspecto que cobra importancia dentro de este tópico es lo que respecta a la identificación, registro y cedulación de la persona. En providencia del año 2014, la Corte indicó que la expedición del documento de identidad se vincula con el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad porque “representa, materialmente, la prueba de la voluntad estatal de reconocer la existencia jurídica a su portador y, consecuentemente, de atribuirle una capacidad específica, necesaria para el ejercicio de ciertas facultades normativamente amparadas por la Constitución, la ley y otras disposiciones”³⁰⁷.

El pronunciamiento versaba sobre una acción de tutela que interpuso el agente de una persona con discapacidad mental, habitante de calle, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, por la presunta vulneración del derecho a la identidad de la persona representada. La Registraduría previamente había negado la solicitud alegando que no contaba con las impresiones dactilares de la persona por la cual se había elevado la solicitud, lo que impedía realizar el proceso técnico de confrontación indispensable para

³⁰⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-450A de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo.

³⁰⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-108A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

lograr la identificación, por lo que invitaba a la persona a acercarse nuevamente a sus instalaciones.

La Corte indicó que las autoridades que participan en el proceso de identificación tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para hacer efectivo tal reconocimiento, incluso adoptando una posición activa cuando se trate de proteger los derechos de personas especialmente vulnerables, encaminada a eliminar las barreras que impiden el acceso a este derecho, cuya materialización resulta además determinante para el acceso a ciertos servicios en los que se exige la prueba de identificación. Por las anteriores razones decidió amparar el derecho fundamental a la personalidad jurídica³⁰⁸.

Incluso en sentencia de 2001 la Corte ya se había pronunciado en esa misma línea, indicando que la omisión injustificada de la expedición del documento de identidad impedía el desarrollo de la personalidad jurídica y de los derechos cuyo ejercicio dependía de la presentación del documento³⁰⁹.

Se trataba de una acción de tutela interpuesta por el representante de una persona con discapacidad a quien la Registraduría le había negado la expedición del documento, argumentando que la foto que se había aportado para tal fin no cumplía los requisitos de aceptabilidad porque la persona no aparecía con los ojos abiertos. El representante había alegado la imposibilidad de tomar la foto de otra manera por las condiciones en las que se encontraba la persona.

En dicha oportunidad, la Corte Constitucional abordó el contenido material de la personalidad jurídica precisando que en virtud de la misma

se reconoce el estado civil de las personas, mediante la expresión de una determinada situación o calidad como la nacionalidad, el sexo, la edad, estado mental, si son hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, casados o solteros etc. También se relaciona con el reconocimiento de derechos subjetivos tanto públicos como privados, situándose dentro de los primeros los propios de quien es reconocido por la Constitución y la ley como ciudadano, esto es, el derecho político al voto, el ejercicio del derecho de protección

³⁰⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-108A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-909 de 2001. M. P. Jaime Araújo Rentería.

jurídica y las correlativas obligaciones concretas para las personas como la de pagar impuestos, cumplir el servicio militar obligatorio, etc.³¹⁰

El Alto Tribunal indicó que la falta de diligencia de los familiares, quienes no habían iniciado el trámite con la debida antelación, no podía ser excusa suficiente para que la Registraduría no adoptara las medidas necesarias —entre ellas hacer directamente la toma de la fotografía—, para garantizar los derechos de una persona que por su condición de inferioridad física y psíquica no podía valerse por sus propios medios³¹¹.

Tras concebir que la falta de expedición del documento de identidad no solo afectaba el contenido del derecho a la personalidad jurídica sino también el acceso a determinados servicios tales como la seguridad social y la salud, la Corte decidió entonces tutelar el derecho fundamental a la personalidad jurídica, ordenando a la Registraduría disponer lo pertinente para adelantar el proceso de identificación de la persona por quien se había instaurado el respectivo mecanismo de protección constitucional³¹².

Ahora, en el ordenamiento jurídico colombiano existen prácticas o procedimientos legalmente regulados que se adoptan en consideración a la propia persona o al valor que se le asigna a ella. Así, pues, son medidas que se arbitran no en función de la personalidad jurídica pero sí de la idea que proyecta la persona en el campo social y normativo, en razón de la discapacidad.

Entre dichas prácticas se encuentra la figura el internamiento, que procede cuando concurren factores necesariamente vinculados a la idea de discapacidad. A pesar de que se sustenta en un presunto fundamento proteccionista, supone una restricción excesiva al ejercicio de los derechos basada en el riesgo que la persona puede conllevar para sí misma y para terceras personas, con lo que se toma la medida en función a la peligrosidad del sujeto.

³¹⁰ *Ibíd.*

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² *Ibíd.*

Desde el comienzo de sus labores, el Tribunal Constitucional fijó su posición respecto a la necesidad de adoptar la medida de internamiento para proteger los derechos de terceras personas. En 1993 la Corte indicó lo siguiente:

El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se alteren, como la misma norma lo establece, los derechos de los demás y el orden jurídico. El ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica para autodeterminarse. De lo contrario el derecho debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita a la persona finalmente gozar a plenitud del mismo³¹³.

Esta misma posición fue recogida años después indicándose, entre otras cosas, que

la afectación de la salud mental y psicológica de una persona no solo produce una disminución de su dimensión vital y pone en riesgo su capacidad para desarrollarse en sociedad, sino que también amenaza con vulnerar sus demás derechos fundamentales, al igual que los derechos de su núcleo familiar³¹⁴.

La Corte también ha vinculado la medida de internamiento al derecho a la salud, dictaminando que “las personas que sufran enfermedades mentales tienen derecho a acceder a servicios que les permitan gozar del mejor estado posible”³¹⁵, aclarando que, el acceso a los servicios terapéuticos y psiquiátricos no se predica solamente de las personas que puedan lograr recuperación³¹⁶.

En jurisprudencia de 2013, la Corte indicó que las entidades encargadas de prestar la atención en salud debían suministrar la atención requerida para superar la afectación a la salud mental, para lo cual se requería el consentimiento del paciente, o de su familia cuando aquel no pudiera decidir; aclaró que la afecciones psíquicas producen en la generalidad de los casos la pérdida de la capacidad de tomar decisiones, por lo que asiste a los parientes más cercanos el deber de velar por el cuidado de la persona. No obstante, indicó que este deber no era absoluto y que si las condiciones lo exigían debía procederse a

³¹³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-176 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³¹⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-057 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-185 de 2014. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

³¹⁶ Al respecto ver, Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-185 de 2014. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

la internación de la persona en una unidad de atención mental, previa recomendación médica³¹⁷.

Con lo anterior se evidencia que la Corte Constitucional, más que otorgarle un carácter restrictivo a la medida de internación o de advertir sobre sus efectos para el ejercicio de la autonomía, ha terminado por justificar su práctica, vinculándola incluso al contenido del derecho a la salud.

Quizá la percepción que existe actualmente sobre las personas con discapacidad; sobre las presuntas bondades de la medida de protección; o sobre la falta de reconocimiento de la capacidad procesal de las personas con discapacidad —lo que ha generado la cultura de la representación en todos los aspectos de la vida—, ha implicado que la medida de internamiento no sea objeto de cuestionamiento en sede judicial, al menos no en lo que se refiere a su imposición.

En todo caso, tal como está formulada la medida de internamiento en el sistema colombiano, resulta contraria a la CDPD, no solo por vulnerar lo dispuesto en el artículo 12 (igual reconocimiento ante la ley), en consonancia con los artículos 2° y 5° (discriminación por motivo de discapacidad); sino también por vulnerar lo dispuesto en los artículos 13 (protección judicial), 14 (libertad y seguridad de la persona), 17 (protección de la integridad personal), y 19 (vida independiente), del mencionado instrumento de derechos humanos.

Exigencia del reconocimiento de la capacidad jurídica

El reconocimiento de la capacidad jurídica en clave de lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD impone también dos mandatos: por un lado, implica promover las condiciones para asegurar el reconocimiento expreso de la capacidad jurídica (mandato de reconocimiento formal); por el otro, supone eliminar las barreras que impiden el ejercicio de la autonomía (mandato de reconocimiento material). A continuación pasará a explicarse cómo se proyectan dichos mandatos frente a la realidad constitucional colombiana.

³¹⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-949 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

i) Mandato de reconocimiento formal de la capacidad jurídica

Tal como se ha dejado señalado, el sistema colombiano, en lo que se refiere a la toma de decisiones, construye el régimen de protección de las personas con discapacidad a partir de la figura de la representación.

También se indicó que para la Corte Constitucional la figura de la representación no tiene ningún fundamento, cuando de lo que se trata es de proteger a personas que se encuentran en situación de discapacidad física o sensorial. Distinto ocurre cuando se trata de personas con discapacidad cognitiva.

A lo largo de su labor jurisprudencial, la Corte ha resaltado la importancia de las medidas de protección a favor de las personas con discapacidad mental quienes, a juicio del Alto Tribunal, no están en capacidad de comprender el alcance de sus actos, por lo cual, precisan “de la asistencia permanente de sus familiares o del Estado, a través de todas sus instituciones, a fin de propender por la protección integral de sus derechos, adoptando las acciones que requieren para tal efecto”³¹⁸.

Dado que el reconocimiento de la capacidad jurídica se constituye en requisito indispensable para el ejercicio de los derechos, es necesario que la norma constitucional lo adopte de manera expresa al lado del derecho a la personalidad jurídica y con carácter general, precisando que la ley podrá modular el ejercicio de la capacidad en virtud de la edad.

Ahora bien, por el carácter transversal que tiene la capacidad jurídica dentro de las instituciones que operan a través de actos jurídicos de voluntad, es necesario que se modifiquen o se suprima de sus contenidos normativos aquellas referencias, expresas o tácitas, que directa o indirectamente vinculan la idea de discapacidad (deficiente, sano juicio, privado de la razón, limitado, etc.), con una realidad restrictiva.

³¹⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-286 de 2010. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Lo anterior no obsta para aclarar que ningún derecho es absoluto y que pueden imponerse válidamente límites al ejercicio de los derechos, atendiendo a criterios de razonabilidad. Lo que no puede aceptarse, en virtud del artículo 12 y en consonancia con los artículos 1, 2, 3 y 5 de la CDPD, es imponer restricciones al ejercicio de los derechos por motivo de discapacidad.

Una cosa es que una persona no pueda brindar su consentimiento por estar en estado de inconsciencia o por estar bajo el influjo de alguna sustancia psicoactiva, lo que permitiría una intervención del Derecho para preservar su voluntad, orientada al futuro. Pero cosa bien distinta es que se reste validez a los actos de voluntad únicamente por motivo de discapacidad, lo que ya sería discriminatorio a la luz de la Convención.

ii) Mandato de reconocimiento material de la capacidad jurídica

En virtud del mandato de reconocimiento material, el artículo 12 obliga a los poderes públicos a adoptar medidas para garantizar el ejercicio de la autonomía, en condiciones de igualdad.

Recuérdese que la postura que se adopta frente a personas con discapacidad cognitiva en los diferentes ámbitos es la presunción de incapacidad, convirtiendo a la interdicción en la regla general, y entendiéndola como el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos.

No obstante lo anterior la Corte, de manera tímida, ha reconocido ciertos ámbitos de protección de la autonomía a favor de este grupo de personas. Así pues, en sentencia de 2014, la Corte quiso matizar la jurisprudencia que había sentado en materia de capacidad jurídica, al señalar que

no por el hecho de estar bajo esa condición debía afirmarse la incapacidad para discernir sobre lo que le es conveniente o no, pues no todas las enfermedades mentales anulan la consciencia del individuo y algunas permiten un cierto grado de razonamiento³¹⁹.

³¹⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-684 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

El caso giraba en torno al proceso de interdicción que se le inició a una persona con discapacidad mental, donde se había desatendido su voluntad respecto de la persona que iba a ser designada como su cuidadora quien, según ella misma lo había expresado, la maltrataba constantemente, por lo que prefería que fuera su propia madre. El juez de instancia había decidido nombrar a su esposo como cuidador bajo el argumento de mantener la unidad familiar³²⁰.

Pese a que en este caso se ampararon los derechos de la persona en el marco del proceso mismo de interdicción, es preciso señalar que se trata de las primeras sentencias de la Corte donde empieza a hacerse alusión al derecho a la autodeterminación de las personas con discapacidad mental, en virtud del artículo 12 de la CDPD.

En jurisprudencia anterior, la Corte ya había hecho el reconocimiento de derechos a favor de personas con discapacidad vinculados al proceso de interdicción. En sentencia de 2004 tuteló el derecho al debido proceso judicial de una persona a quien se le impuso una medida de interdicción por no haber sido debidamente notificada; además de que al proceso no se había adjuntado certificado médico que acreditara la situación de discapacidad.

En esa oportunidad la Corte indicó lo siguiente:

La providencia mediante la cual se decreta la interdicción provisoria de una persona por demencia, no es un simple trámite mediante el cual se designa un curador, se ordena realizar unas publicaciones y oficiar al notorio correspondiente para efectos de la inscripción en el registro civil, sino que se trata de un acto jurisdiccional que debe estar debidamente motivado, lo cual presupone adelantar una valoración probatoria³²¹.

Pues bien: comoquiera que desde el punto de vista jurídico se asume la capacidad como la condición que permite a la persona intervenir en el tráfico jurídico, otorgando validez a los actos de voluntad, el reconocimiento de la misma en igualdad de condiciones deberá dar lugar a que cada persona pueda tomar por sí misma decisiones en los diferentes ámbitos en

³²⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-684 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

³²¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-1103 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

donde dicha capacidad se proyecta (matrimonio, sucesiones, negocios jurídicos, contratos, etc.).

Es de anotar que una enfermedad mental no comporta en sí una situación de discapacidad, a pesar de que siempre tiendan a asociarse. Desde la perspectiva del modelo social, la discapacidad cognitiva podría concebirse como una situación resultante de la interacción entre factores personales y las barreras sociales y ambientales —entre las cuales podrían mencionarse la sobreprotección, el aislamiento y las expectativas que la sociedad pone en la persona a partir de una visión meramente productivista—, que impiden a la persona el desarrollo de sus competencias de socialización y de comunicación, así como el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Tal reconocimiento de la capacidad jurídica deberá permitir a todas las personas el ingreso a los diferentes ámbitos de participación. En Colombia, las sentencias judiciales sobre interdicción se inscriben en el registro civil de las personas, de tal manera que en la práctica la condición de ciudadanía se suspende y queda sujeta a una nueva habilitación, que podría llegar a darse o no. Esta barrera de reconocimiento impide, entre otros, el ejercicio de los derechos políticos en igualdad de condiciones.

Dicho reconocimiento de la capacidad comporta también eliminar la barrera que impide a la persona tomar decisiones relevantes sobre la salud (voluntad anticipada, terapias, entre otros); sobre su libre desarrollo de la personalidad (creación de una identidad propia, readecuación del sexo, entre otros); sobre los derechos reproductivos (anticoncepción quirúrgica, aborto, entre otros); o incluso le permitirá tomar decisiones que tengan que ver con su propia existencia (eutanasia, rechazo a un tratamiento médico, etc.), campos en donde las medidas coactivas de protección han sido el común denominador.

La estrategia que adopta la CDPD, en virtud de su artículo 12, para promover el ejercicio de la capacidad jurídica es el plan personalizado de apoyo, lo que ciertamente obliga a replantear el actual esquema de representación.

1.2.2.1. Propuesta concreta en materia sustancial

En cuanto al reconocimiento formal de la personalidad jurídica, el sistema colombiano no plantea inconvenientes. En cuanto a la protección material, se propone adoptar medidas afirmativas que garanticen el ejercicio del derecho en condiciones de igualdad, y prohíbe además toda distinción o exclusión que suponga una restricción de derechos por motivo de discapacidad.

En cuanto al reconocimiento formal de la capacidad jurídica, se propone suprimir el actual esquema de representación (interdicción/inhabilitación).

En cuanto al reconocimiento material de la capacidad jurídica, se sugiere codificar un modelo que promueva el ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad (plan personalizado de apoyo), en las mismas condiciones que los demás. Esto en virtud del precitado artículo 12°, en conexidad con el artículo 2° de la CDPD, que prohíbe toda distinción o exclusión por motivo de discapacidad.

1.2.2.2. Propuesta en materia normativa

Código Civil (reformado por la Ley 1306 de 2009)

“Art. 1°: Objeto de la presente ley

La presente ley tiene por objeto la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad.

La protección de la persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales será la directriz de interpretación y aplicación de estas normas. El ejercicio de las guardas y consejerías y de los sistemas de administración patrimonial tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.
- Lenguaje: el término “afectado” o la expresión “conductas que la inhabiliten para su normal desempeño” desconoce la exigencia del reconocimiento de la diversidad y la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 1º: Objeto de la presente ley

La presente ley tiene por objeto la promoción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Art.1.1: Ámbito de aplicación

Toda persona que tenga dificultades para conformar la voluntad y/o para expresar el consentimiento contará con un plan individual de apoyo, que estará adaptado a sus necesidades.

El plan individual de apoyo determina el tipo y soporte de apoyo que la persona precisa para la promoción de su autonomía.

En el caso de que existan directivas anticipadas de la voluntad se atenderá a lo que ellas dispongan.

Art. 1.2: Función de las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo tienen como propósito contribuir al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de la persona que así lo requiera, en los ámbitos señalados en la providencia judicial.

Las medidas de apoyo deberán ser adecuadas y proporcionales a las necesidades de la persona que las precisa. El respeto de la voluntad y preferencias del apoyado será la principal directriz para su funcionamiento.

Art. 1.3: Modalidades de apoyo

Los apoyos consisten en mecanismos, dispositivos, o servicios de asistencia que se ponen a disposición de la persona para la promoción de su autonomía, en condiciones de igualdad con los demás.

El programa personalizado podrá estar diseñado sobre la base de apoyos de carácter material, humano, técnico, comunicacional, entre otros, quedando sujeta la conformación del programa a las necesidades e intereses de cada persona.

Art. 1.4: Graduación de las medidas de apoyo

El nivel de intensidad del apoyo variará según la dificultad que tenga la persona para la toma de decisiones. De ese modo, el nivel del plan personalizado oscilará entre apoyos de mayor intensidad (cuando exista una dificultad tal que le impida totalmente a la persona conformar la voluntad y otorgar el consentimiento) y apoyos de mínima intensidad (cuando el modelo de acompañamiento únicamente asegura que la decisión que tome la persona sea informada).

Art 1.5: Controles sobre las medidas de apoyo

El juez realizará controles periódicos sobre el plan personalizado de apoyo para evaluar su correcto funcionamiento. Ahora bien: si lo considera pertinente, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar un ajuste del mismo en cuanto a la modalidad del plan inicial o en cuanto al nivel de intensidad, todo lo cual deberá hacerse conforme con las reglas del debido proceso.

Art. 1.6: Vinculación de las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo serán obligatorias cuando estén orientadas a favorecer la toma de decisiones de personas que precisan de un plan personalizado de mayor intensidad. Por el contrario, no serán obligatorias cuando estén encaminadas a facilitar la toma de decisiones de personas que precisan un plan personalizado de mínima intensidad.

El hecho de la discapacidad por sí solo no será factor determinante para la aprobación de un plan de apoyos obligatorio.

“Art. 2º: Los sujetos con discapacidad mental

Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.

La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe.

(...)”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador con leve tendencia al modelo de la prescindencia.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.
- Lenguaje: el término “afectación” desconoce la exigencia del reconocimiento de la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto

Art. 2º: Personas con discapacidad

A los efectos de esta ley, son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que al momento de interactuar con diversas barreras, estas les impidan el ejercicio de los derechos.

“Art. 8º: Derechos Fundamentales

Los individuos con discapacidad mental tendrán los derechos que, en relación con los niños, niñas y adolescentes, consagra el Título I del Código de la Infancia y la Adolescencia —Ley 1098 de 2006— o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen y, de igual manera, los que se consagren para personas con discapacidad física, de la tercera edad, desplazada o amenazada, y demás población vulnerable, en cuanto la situación de quien sufre discapacidad mental sea asimilable.

(...)”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: se asimila la discapacidad a una situación de carencia o de mayor vulnerabilidad, arrebatándole la condición de pleno sujeto de derechos.
- Lenguaje: la expresión “de quien sufre discapacidad mental” desconoce la exigencia del reconocimiento de la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto

Art. 8º: Derechos Fundamentales

Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que se otorgan a las demás personas, sin ninguna restricción.

“Art. 15: Capacidad jurídica de los sujetos con discapacidad

Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos.

Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.
- Lenguaje: el término “padezcan” desconoce la exigencia del reconocimiento de la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 15: Reconocimiento de la capacidad jurídica

Todas las personas podrán ejercer plenamente los derechos en igualdad de condiciones con los demás. En ningún caso podrá restringirse el ejercicio de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad.

“Art. 17: El sujeto con discapacidad mental absoluta

Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental.

La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.
- Lenguaje: el término “sufren” desconoce la exigencia del reconocimiento de la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 17: Valoración de la discapacidad

El reconocimiento de la discapacidad o el grado de la misma solo servirán para la adjudicación de prestaciones o la adopción de medidas de acción positiva. En ningún caso dicho reconocimiento podrá suponer una restricción al ejercicio de los derechos.

“Art. 20: Libertad e internamiento: Las personas con discapacidad mental absoluta gozarán de libertad, a menos que su internamiento por causa de su discapacidad sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana. El internamiento de los pacientes será de urgencia o autorizado judicialmente.

Parágrafo: La libertad de locomoción que se reconoce en el presente artículo incluye la posibilidad de trasladarse a cualquier lugar del país y del exterior, para lo cual las autoridades proporcionarán los documentos y el apoyo que sea necesario para el efecto y tomarán referencia de su ubicación únicamente para efectos de su protección”.

Análisis:

- Visión: peligrosista-paternalista (se adopta la medida de protección en función del riesgo que supone la persona).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: restricción a la libertad personal por motivo de discapacidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Las medidas de protección personal tendrán carácter excepcional. Procederán únicamente cuando pueda llegar a anticiparse, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los efectos restrictivos que una decisión en el presente podría llegar a tener en el ejercicio futuro de la capacidad jurídica, dadas las circunstancias particulares. Dichas medidas no podrán prolongarse por más de 24 horas, salvo que exista autorización judicial. En todo caso no podrán exceder las 72 horas.

“Art. 25: Interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta

La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado y, en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla.
(...)”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.

- Lenguaje: el término “discapacitado” es inadecuado porque necesariamente reconduce a la idea de dependencia o falta de capacidad.

Conclusión

Se sugiere la derogación del artículo

Texto propuesto:

“Art. 25: Establecimiento del plan personalizado para el ejercicio de la capacidad

Toda persona que así lo precise contará con un plan de apoyo personalizado para el ejercicio de la capacidad jurídica. El establecimiento de dicho plan se efectuará por vía judicial.

Sin perjuicio de la adopción del programa personalizado, todas las oficinas públicas, tanto administrativas como judiciales, o aquellas privadas que presten servicios públicos, deberán contar con un plan general de apoyo que permita a las personas adelantar actuaciones por sí mismas, salvo en aquellas diligencias en las que se requiera de asistencia judicial.

“Art. 26: Patria potestad prorrogada

Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez esta haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad.
(...)”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 26: Solicitud del plan personalizado

Una vez la persona cumpla la mayoría de edad podrá solicitarse el plan individual para el ejercicio de la capacidad jurídica. Dicha solicitud podrá ser realizada directamente por la persona que precisa de los apoyos o por las personas más cercanas a su núcleo familiar. En situaciones excepcionales el Ministerio Público podrá elevar dicha solicitud, siguiendo el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo anterior, deberá contarse con sistema general de apoyo que permita a todas las personas, incluso a aquellas que no han cumplido la mayoría de edad, el ejercicio de los derechos y la disposición de intereses, siempre que no se hayan impuesto restricciones legales a la misma para preservar el interés superior del menor.

“Art. 28: Dictamen para la interdicción

En todo proceso de interdicción definitiva se contará con un dictamen completo y técnico sobre la persona con discapacidad mental absoluta realizado por un equipo interdisciplinario compuesto del modo que lo establece el inciso 2° del artículo 16 de esta ley. En dicho dictamen se precisarán la naturaleza de la enfermedad, su posible etiología y evolución, las recomendaciones de manejo y tratamiento y las condiciones de actuación o roles de desempeño del individuo”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 28: Dictamen para el establecimiento del sistema de apoyos

El juez podrá valerse del material probatorio que considere pertinente para informarse sobre la realidad de la persona que requiere de un plan personalizado.

En caso de que sea una persona con discapacidad la que precise del plan, el dictamen pericial no podrá reducirse a la sola valoración médica de la deficiencia (dificultad), sino que el estudio deberá abordarse desde diferentes ámbitos (psicológico, sociológico, relacional, etc.), a fin de contar con elementos de juicio suficientes que permitan determinar las barreras que afronta la persona para la toma de sus propias decisiones (diagnóstico social). El examen holístico también permitirá evidenciar las competencias y habilidades de la persona en diversos ámbitos; todo ello para efectos de indagar también sobre las posibilidades.

Las relaciones de familia, los lazos afectivos, las expectativas de la persona, el desarrollo de actividades cotidianas, entre otros, serán aspectos que permitirán definir el alcance del plan personalizado.

“Art. 32: La medida de inhabilitación

Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio, podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aun por el mismo afectado (...).”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: restricción a la autonomía contractual y negocial por motivo de discapacidad.
- Lenguaje: los términos “personas que padezcan” o “afectado” desconocen la exigencia del reconocimiento de la igual dignidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 32: Medidas de apoyo para la toma de decisiones vinculadas a la disposición de intereses de carácter estrictamente patrimonial

Toda persona que tenga dificultades para el manejo de su patrimonio podrá contar con un plan individual de apoyo que le permita tomar decisiones de tal naturaleza bajo su propia cuenta y riesgo. El establecimiento de dicho plan se efectuará por vía judicial.

“Art. 88: Representación de la personas con discapacidad mental absoluta y el menor

El curador representará al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan, con las excepciones de ley.

Las acciones civiles contra personas con discapacidad mental absoluta y menores deberán dirigirse contra el curador, para que lo represente en la litis. No será necesaria autorización del curador para proceder penalmente contra los pupilos, pero en todo caso el guardador deberá ser citado para que suministre los auxilios que se requieran para la defensa.

(...)”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo

Texto propuesto:

Art. 88: Del apoyo personal

Esta modalidad de apoyo podrá ser ejercida tanto por personas naturales como por personas jurídicas sin ánimo de lucro que hayan sido creadas para tal fin.

La función del apoyo será la de contribuir al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de la persona beneficiaria. Dicha función de asistencia deberá proyectarse en los ámbitos señalados en la providencia judicial de asignación de apoyos.

En el caso de que varias personas naturales sean elegibles para el cumplimiento de dicha función se preferirá aquella que tenga un mayor vínculo de confianza con la persona que

precisa de los apoyos. Lo anterior sin perjuicio de que el plan de asistencia pueda ser cumplido por varias personas, según las necesidades particulares de la persona apoyada.

No podrán cumplir la función del apoyo los servidores públicos o las personas con quien pueda generarse conflicto de intereses, respecto a la persona asistida.

Art. 89: De la provisión de apoyos

Se creará la Oficina de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, a cargo de la Vicepresidencia de la República, que tendrá por objeto proveer los apoyos a las personas a quienes se les haya asignado un plan personalizado mediante providencia judicial, cuando aquella no cuente con los recursos suficientes para cubrir el costo del programa de apoyos.

Cuando el apoyo sea de carácter personal y este sea prestado directamente por una persona de confianza o cercana al núcleo familiar, deberá otorgarse una prestación económica mensual a quien desempeñe la función. En este caso, es necesario que la persona que ha sido dispuesta para cumplir con la labor de apoyo se encuentre facultada para tal propósito. Para ello, la precitada Oficina, a través del SENA, organizará cursos gratuitos de formación sobre los derechos de las personas con discapacidad y extenderá la respectiva certificación.

En caso de que el apoyo se exceda en sus funciones o no cumpla con los deberes que se le imponen en virtud del plan personalizado se suspenderá la prestación económica y se ordenará su remoción, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad a que haya lugar.

Las entidades representativas de las personas con discapacidad también podrán prestar el servicio de apoyo personal.

Parágrafo final

La persona que se encuentre actualmente en el régimen de la interdicción o inhabilitación podrá solicitar a través de un incidente el cambio al sistema personalizado de apoyos. El juez, en la providencia, además de pronunciarse sobre dicha solicitud, declarará también el levantamiento de la medida de interdicción o inhabilitación. Dicha solicitud también podrá ser presentada por los familiares o parientes cercanos de la persona a favor de quien se solicita el cambio de régimen.

Código de Procedimiento Civil

“Art. 44: Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso

Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales”.
(...)”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: restricción a la capacidad para ser parte por motivo de discapacidad.

Conclusión:

Se sugiere una modificación parcial del artículo.

Texto propuesto:

Art. 44: Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso

Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. A las personas que así lo precisen se les asignará un plan personalizado de medidas de apoyo que le permita comparecer por sí al proceso, sin perjuicio de las diligencias que requieran de asistencia judicial.

No podrá haber restricción a la capacidad procesal por motivo de discapacidad.

Los poderes públicos garantizarán que todas las dependencias judiciales y administrativas sean accesibles, para lo cual adoptarán medidas positivas y ajustes necesarios, cuando haya lugar a ellos. Asimismo deberán disponer de un plan general de apoyo que permita a todas las personas, sin distinción alguna, tomar decisiones encaminadas al ejercicio de sus propios derechos.

1.2.3. Análisis frente al procedimiento de interdicción e inhabilitación

En Colombia, tal como se ha señalado, se ha hecho uso de la figura de la interdicción como mecanismo de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

En sentencia de 2014 la Corte, describiendo las características del proceso de interdicción, señaló lo siguiente:

Este proceso se adelanta ante un juez de familia, quien previa revisión de la solicitud y agotamiento del trámite, ordenará que una persona idónea (familiar o profesional) le administre el patrimonio a quien está en situación de discapacidad mental y ejerza sus derechos y obligaciones³²².

En esta misma sentencia, el Alto Tribunal, reafirmando la postura paternalista del Estado frente a la necesidad de protección de las personas con discapacidad, precisó que el proceso de interdicción no es de naturaleza contenciosa dada la naturaleza de las pretensiones, agregando que

(...) es un proceso de jurisdicción voluntaria, que no busca resolver un litigio, ni controvertir, ni obtener un derecho, sino que se declare que una persona no está en plenas condiciones mentales para desempeñarse por sí misma, con el objeto de evitar que se aprovechen de su condición y realicen actuaciones o negocios que puedan afectarle³²³.

Pues bien, en línea con lo que se ha señalado reiteradamente a propósito del artículo 12 de la CDPD, deberá reconocerse la plena capacidad jurídica para todas las personas que han cumplido la mayoría de edad, lo que a primera vista obliga a modificar la figura de la interdicción justamente porque se basa en una presunta incapacidad.

A pesar de que en determinadas ocasiones es posible que una persona (con o sin discapacidad) se encuentre en una circunstancia tal que tenga dificultades para el ejercicio de la autonomía, esto no se constituye en razón suficiente para que se restrinja dicho reconocimiento, tal como sucede en el modelo actual.

³²² Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-026 de 2014. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

³²³ *Ibíd.*

En ese sentido, el artículo 12 de la CDPD, además de ordenar dicho reconocimiento obliga a los poderes públicos a adoptar los medios suficientes para que todas las personas, incluidas aquellas que tengan discapacidad física, mental, intelectual o sensorial, puedan realizar actos de voluntad en condiciones de igualdad frente a los demás.

La dificultad para realizar actos de voluntad puede proyectarse en dos momentos: cuando se conforma la voluntad y/o cuando se expresa el consentimiento. Pues bien, probablemente las medidas para la accesibilidad (ajustes razonables) por sí solas, faciliten la manifestación de la voluntad a propósito de las barreras materiales y comunicacionales. En cuanto a la conformación de la voluntad, es posible que un sistema de apoyo de carácter personal permita identificar los intereses y preferencias de la persona sobre la cual se adopta la medida.

En consonancia con el numeral 4° del artículo 12 de la Convención, deberán proporcionarse las salvaguardas adecuadas para que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad (sistema de apoyo) respeten la voluntad de la persona; que estén adaptadas a las necesidades de cada persona; que se apliquen en el menor tiempo posible; y que estén sujetas a control periódico por parte de órgano judicial competente.

En suma, lo dispuesto en el artículo 12 obliga a ajustar el sistema colombiano, dejando de lado la figura de la interdicción y pasando al sistema de apoyo para la toma de las decisiones. Ahora, el reconocimiento de la capacidad no podrá graduarse o modularse según las medidas de apoyo que se adopten o del tipo de discapacidad, porque se estaría realizando una distinción que afecta el ejercicio de la autonomía por motivo de discapacidad, lo que prohíbe la misma Convención. Lo que sí deberá estar graduado es el sistema de apoyo, según las necesidades de la persona.

1.2.3.1. Propuesta concreta en material procedimental

Se propone suprimir el procedimiento de interdicción e inhabilitación, y en su lugar implementar un proceso judicial de “asignación del plan personalizado de apoyo para la

toma de decisiones”, en virtud del precitado artículo 12°, en conexidad con el artículo 2° de la CDPD, que prohíbe toda distinción o exclusión por motivo de discapacidad.

1.2.3.2. Propuesta en materia normativa

Código de Procedimiento Civil

“Art. 427: Vía procesal

Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este Capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1°.

En consideración a su naturaleza:

1. (...)

3. La inhabilitación de las demás personas con discapacidad mental y su rehabilitación”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.

Conclusión:

Se sugiere una modificación del artículo.

Texto propuesto:

Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este Capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1°.

En consideración a su naturaleza:

1 (...)

3. La asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones de carácter patrimonial.

“Art. 649: Asuntos sujetos a su trámite

Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

1. (...)

7. La interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta y su rehabilitación”.

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.

Conclusión:

Se sugiere una modificación del artículo.

Texto propuesto:

Se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria los siguientes asuntos:

1. (...)

7. La asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones.

“Art. 659: Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta

Para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta se observarán las siguientes reglas:

1. A la demanda se acompañará un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, expedido bajo juramento que se entenderá prestado por la sola firma.

2. No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso e incluso podrá promoverlo el Juez de Oficio.

3. En el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente. La objeción al dictamen se decidirá por auto apelable.

4. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar:

- a) Las manifestaciones características del estado actual del paciente.
- b) La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y
- c) El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente.

5. Recibido el dictamen, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo por el término de tres (3) días.

(...)”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.
- Efectos de la medida: sustitución de la voluntad.
- Efectos procesales: restricción de las garantías procesales por motivo de discapacidad.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 659. Asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones de carácter extrapatrimonial

Para el reconocimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se observarán las siguientes reglas:

1. Toda persona que tenga dificultades para conformar la voluntad o para expresar el consentimiento podrá iniciar, ante el funcionario competente, el procedimiento pertinente para que se le reconozca un plan personalizado de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. También podrá elevar la solicitud las personas o parientes más cercanos a su núcleo familiar.

2. El Ministerio Público podrá promover el procedimiento cuando considere, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que la falta de un plan personalizado podría llegar a afectar el ejercicio de los derechos de la persona para quien se eleva la solicitud.
3. Cuando el procedimiento no es incoado directamente por la persona sobre la cual se considera que precisa de un plan individual de apoyos, y esta, además, se opone al establecimiento del mismo, la solicitud se tramitará mediante el proceso contencioso. En este caso, las entidades sin ánimo de lucro legalmente reconocidas que representen a las personas con discapacidad podrán acompañar el proceso y presentar sus alegatos.
4. El funcionario competente será el juez del domicilio de la persona que precisa del plan personalizado de apoyo.
5. El Ministerio Público y la persona sobre la cual recaerían los efectos del establecimiento del plan personalizado podrán intervenir en todas las etapas del proceso. También los parientes o personas más cercanas a su núcleo familiar, cuando el juez lo considere pertinente. En el evento del procedimiento contencioso, la persona por la cual se eleva la misma deberá contar con la debida asistencia judicial, designado por ella misma o en su defecto por la Oficina de la Defensoría Pública.
6. El juez, a solicitud de parte o de oficio podrá modificar el plan inicial. Incluso podrá llegar a extinguirlo, siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste o remoción. Para ello deberá garantizarse el debido proceso y en todo caso deberán respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para la cual se ha establecido el plan.
7. Antes de pronunciarse sobre la pertinencia del plan personalizado, el juez podrá solicitar y/o practicar directamente las pruebas que considere necesarias para informarse sobre las circunstancias que rodean a la persona que precisa del apoyo, evaluando tanto los intereses y expectativas de la persona como su vida en comunidad.

Por regla general, las medidas de apoyo serán acordadas con la persona que precisa de las mismas.

Excepcionalmente, y para evitar perjuicios irreparables, cuando la persona sobre la cual se adopta el plan no esté en condiciones de conformar su voluntad u otorgar el consentimiento, incluso después de haberse realizado los ajustes necesarios, podrá arbitrarse un sistema de apoyo intenso que en la práctica se asimile a un modelo de sustitución de la voluntad.

En todo caso, cualquier decisión que se adopte sobre una persona que precise de apoyos deberá respetar sus preferencias, historial de vida, narrativa, intereses, gustos e identidad.

8. El juez deberá tomar la decisión sobre el plan personalizado en un tiempo no mayor a 30 días después de ser presentada la solicitud. En la providencia deberá indicarse la extensión del plan personalizado, esto es, aquellos ámbitos específicos en los cuales la persona precisa del apoyo para poder tomar sus propias decisiones. En los aspectos sobre los cuales no exista pronunciamiento no entrará a regir el plan.
9. En la decisión de fondo deberán disponerse las salvaguardas que resulten necesarias para proteger los derechos de la persona a quien se le asigna el programa de apoyo. Las revisiones periódicas fungirán como mecanismo de control para detectar posibles situaciones de irregularidad (abusos o conflicto de intereses) y en general, para garantizar el correcto funcionamiento de dicho programa.
10. Deberá crearse un sistema especial de registro para dar publicidad a las decisiones judiciales en esta materia, a fin de que surta efectos frente a terceros.

“Art. 447: Inhabilitación y rehabilitación

El proceso de inhabilitación se seguirá con audiencia de la persona con discapacidad mental relativa o inhábil negocial. En la demanda podrá pedirse la inhabilitación provisional que autorizan las presentes normas y se decidirá en el Auto admisorio de la demanda. Admitida la demanda, el Juez decretará las pruebas que estime convenientes y dispondrá que se practique el examen psicológico u ocupacional del presunto inhábil, por un equipo interdisciplinario. Las pruebas que se practiquen dentro del proceso se tendrán en cuenta para la decisión de ambos. Decretada la inhabilitación provisional, en el mismo Auto se nombrará el consejero interino.

(...)”

Análisis:

- Visión: proteccionista (paternalista).
- Enfoque: modelo médico-rehabilitador.

Conclusión:

Se sugiere la derogación del artículo.

Texto propuesto:

Art. 659. Asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones respecto al manejo de bienes y disposición de intereses de carácter estrictamente patrimonial

Para el reconocimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se observarán las siguientes reglas:

1. Toda persona que tenga dificultades para el manejo o disposición de bienes podrá iniciar, ante el funcionario competente, el procedimiento para que se le asigne un plan personalizado de apoyos que le facilite la toma de aquellas de decisiones que tengan carácter patrimonial.
También podrán promover la solicitud las personas o parientes más cercanos a su núcleo familiar.
2. El funcionario competente será el juez del domicilio de la persona que precisa del plan personalizado de apoyo.
3. La persona que solicita el establecimiento del plan personalizado podrá intervenir en todas las etapas del proceso. También los parientes o personas más cercanas a su núcleo familiar, cuando el juez lo considere pertinente.
4. El juez, a solicitud de parte o de oficio, podrá modificar el plan inicial, siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste. Para ello deberá garantizarse el debido proceso y en todo caso, deberá respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para quien se ha establecido el plan.

5. El juez podrá solicitar y/o practicar directamente las pruebas que considere necesarias para fundar su decisión. Dichas pruebas deberán informar la realidad de la persona que precisa el apoyo desde una perspectiva integradora, esto es, de cara a sus necesidades e intereses, experiencia personal y vida en comunidad.
6. El juez, a solicitud de parte o de oficio podrá modificar el plan inicial. Incluso podrá llegar a extinguirlo siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste o remoción. En cada una de las actuaciones deberá darse cumplimiento a las normas sobre debido proceso; en todo caso deberá respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para quien se ha establecido el plan.
7. El juez deberá tomar la decisión sobre el plan personalizado en un tiempo no mayor a 15 días después de ser presentada la solicitud. En la providencia deberá indicarse la modalidad del apoyo y las decisiones en las que entrará a operar el mismo.
8. Deberá crearse un sistema especial de registro para dar publicidad a las decisiones judiciales en esta materia, para que surta efectos frente a terceros.

1.2.4. Recomendaciones finales sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica

Se recomienda que el reconocimiento de la capacidad esté sujeto a las siguientes reglas:

1. El sistema de apoyo no deberá basarse en la protección de la persona sino en la protección de los derechos, de las elecciones. Deberá considerarse que tomar decisiones “erróneas” también es parte de la vivencia humana.
2. El sistema deberá estar diseñado según las necesidades, intereses y preferencias de la propia persona. En ese sentido, el diagnóstico médico pasa a ser un elemento más de valoración.
3. El sistema de apoyo personalizado deberá precisarse en virtud de la evaluación de la situación concreta de desventaja frente a la posibilidad de elección.

4. El sistema de apoyo deberá arbitrarse mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, cuando se trate de personas sobre quienes pueda presumirse que requieren de apoyos más intensos, el procedimiento podrá ser incoado por una tercera persona y se seguirá el trámite de jurisdicción contenciosa.
5. El sistema de apoyo no podrá suponer una versión reformada del modelo de representación. En la práctica, es posible que en un caso muy específico una medida de apoyo termine por sustituir la voluntad de la persona. En todo caso, dicha medida sustitutiva necesariamente deberá respetar la voluntad de la persona sobre quien la medida se toma, así como su historia y narrativa. De ese modo, las salvaguardas judiciales asegurarán que no exista intervención indebida.
6. El reconocimiento de la discapacidad por parte de un órgano oficial dejará de estar asociado al sistema de representación. Desde ahora, dicho reconocimiento deberá fungir como mecanismo de garantía, a fin de brindarle a la persona las condiciones suficientes para evitar que una situación de desventaja afecte el ejercicio de sus derechos.
7. La declaración de discapacidad no será el criterio determinante para poder solicitar el sistema de apoyo.

2. Las barreras de acceso a los derechos

En este acápite se realizará un análisis jurídico sobre el acceso a los derechos tomando como punto de referencia las barreras que impiden la igualdad en virtud del modelo social. Así pues, en la primera parte (2.1) se efectuará un primer abordaje, tomando para ello determinados ámbitos de referencia, a efectos de evaluarlos posteriormente frente a un escenario de reconocimiento de la capacidad jurídica.

En la segunda parte (2.2) se planteará una propuesta general que irá en línea con las estrategias de inclusión y accesibilidad sobre las que se hizo mención en el primer capítulo de este escrito (3.3.2). Esta propuesta estará orientada a facilitar el ejercicio de los derechos o, más específicamente, a promover el ejercicio de la capacidad jurídica en un contexto de igualdad.

2.1. El ejercicio de los derechos en un contexto de igualdad

El análisis de las barreras se desarrollará tomando como referencia cinco ámbitos de protección dentro del contexto colombiano. Se tratará, pues, de agrupar pretensiones éticas según una particular naturaleza, de tal manera que permita su identificación. Ciertamente, dicha clasificación no tiene pretensión de exhaustividad, ni está exenta de reparos desde diferentes líneas de fundamentación.

Por una cuestión metodológica, cada uno de los temas que se abordan deriva estrictamente de la normativa actual que expresa o tácitamente tenga carácter restrictivo por motivo de discapacidad, descartando por tanto el análisis de lo que acontece en la praxis, lo que excede el propósito de este documento. La clasificación que se tomará es la siguiente: i) Decisiones personalísimas; ii) Libertad e integridad personal; iii) Participación en la vida pública y política; iv) Bienestar social; v) Derecho a obligarse y a intervenir ante operadores jurídicos.

i) Decisiones personalísimas

Definición:

Incluye aquellas decisiones que tienen un impacto en los derechos que al tenor de la Constitución de 1991 se consideran como *inalienables a la persona*.

Se trata de pretensiones que derivan directamente de la dignidad humana. Ha indicado la Corte Constitucional colombiana:

Es a partir de estos derechos que se construye por el individuo y por los otros asociados la imagen y concepto de aquel, con lo cual se entiende que la persona ha de ser vista como un fin en sí mismo³²⁴.

La Corte también ha entendido que los derechos inalienables a la persona humana gozan de prevalencia, condicionando incluso la conducta de los particulares quienes, al igual que las autoridades, también son responsables por infringir la Constitución y la ley³²⁵.

Para la doctrina, los derechos personalísimos son expresión de la autonomía del ser humano. En ese sentido ha entendido la Corte que “el hombre no puede ser privado de su libertad sino en los casos en que su conducta es contraria al orden social (...)” (Araújo, 2015, p. 548).

Resumen del panorama normativo en cuanto a restricciones por motivo de discapacidad:

- Consentimiento informado

En la legislación colombiana existe una regulación deficiente frente al consentimiento informado. En efecto, la Ley 23 de 1981 en su artículo 15 dispone que

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

En la Resolución N° 008430 de 1993 del Ministerio de Salud, que regula la investigación en seres humanos y que ha desarrollado de manera un poco más extensa lo atinente al consentimiento informado. De ese modo, ha dispuesto un listado de características que deberá contener el consentimiento para que tenga validez, así como también unas características del sujeto pasivo. Es de resaltar que, si bien esta Resolución brinda un

³²⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-357 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

³²⁵ Vid. Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-587 de 1992. M. P. Ciro Angarita.

mayor desarrollo al consentimiento informado, lo limita al ámbito de la investigación en seres humanos³²⁶.

Los derechos sexuales y reproductivos suelen encuadrarse en la categoría de derechos personalísimos, surgiendo la discusión sobre si las decisiones en este ámbito podrían ser tomadas a través de un representante.

Sobre la disposición de estos derechos, la Corte Constitucional, mediante sentencia del año 2016³²⁷, por la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 1412 de 2010³²⁸, ha señalado que no son admisibles los regímenes que se basen en la toma de decisiones a través del consentimiento sustituto, salvaguardando la capacidad de las personas con discapacidad.

Llama la atención que en el mismo año 2016, al pronunciarse sobre la esterilización de una persona con discapacidad mental la Corte justificó la figura del consentimiento sustituto, disponiendo, en la parte resolutive de la sentencia, la realización de un estudio médico especializado para comprobar,

el grado de retraso mental de la joven, esto con el fin de establecer su nivel de desarrollo mental y así tener la certeza de que su condición de retraso mental le va a permitir a futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir sus propias decisiones.³²⁹

La Corte Constitucional ha señalado que el consentimiento informado debe satisfacer unas características particulares:

(i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los

³²⁶ Sobre el desarrollo que brinda la normativa en comento, pueden verse los artículos 15 y 16 de la resolución en comento.

³²⁷ Sentencia C-182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz.

³²⁸ El artículo en comento reza así: “Artículo 6°. Discapacitados Mentales. Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”.

³²⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-303 de 2016. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.³³⁰

Sin embargo, la Corte ha considerado que el alcance del consentimiento informado para intervenciones médicas no es absoluto, por lo que bajo determinadas situaciones excepcionales las exigencias del consentimiento informado son menos estrictas o se prescinde de ellas, a saber:

(i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.

La Corte ha concluido que el nivel de información requerido para las intervenciones sanitarias dependerá de una serie de condiciones, a saber:

(i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona³³¹.

- Eutanasia

Por medio de la resolución 1216 de 2015, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el protocolo de muerte digna, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia

³³⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz.

³³¹ *Ibíd.*

de la Corte Constitucional T-970 de 2014³³². En el artículo 15 de dicha resolución se dispone que para elevar la solicitud de eutanasia, el consentimiento debe ser informado de manera libre, espontánea e inequívoca. También se indica que cuando la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo circunstancias que le impidan expresar su voluntad, podrá entrar a operar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documento de instrucciones previas.

- **Adopción**

La adopción se encuentra regulada en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 61 dispone: “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Llama la atención el artículo 66, que textualmente preceptúa lo siguiente:

“Artículo 66. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también *cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses* (las cursivas son nuestras).

³³² Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-970 de 2014. M. P. Luis Ernesto Vargas S.

El acápite subrayado fue analizado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-741 de 2015, donde declaró la constitucionalidad de la norma entendiendo que dicha restricción solo operaba cuando, a través de un estudio médico, podía deducirse la imposibilidad de la persona para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente³³³.

Por su parte, el artículo 68 de esta misma ley establece, dentro de los requisitos para adoptar, la idoneidad física y mental suficiente para efectos de suministrar una familia adecuada al niño, niña o adolescente. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-804 de 2009, precisamente se pronunció sobre el requisito de idoneidad física, destacando que este responde a un fin constitucionalmente legítimo, toda vez que asegura las mejores condiciones para el cuidado y las necesidades del menor que se integra a una familia³³⁴.

Estrategias de accesibilidad, ajustes razonables y acciones afirmativas

- Barreras: la restricción al ejercicio de los derechos que se proyectan en el mundo jurídico a través decisiones personalísimas es el resultado de la interacción de diferentes tipos de barreras, siendo las físicas y las de reconocimiento legal las que podrían llegar a tener un mayor impacto en la autonomía individual.
- Accesibilidad: cuando las medidas de carácter general no resulten suficientes, deberán adoptarse los ajustes necesarios, con carácter particular, para garantizar a la persona que así lo precise el acceso a la información, permitiéndole de ese modo otorgar libremente el consentimiento en igualdad de condiciones con los demás.
- Medidas de apoyo: la prestación del consentimiento no consiste simplemente en el asentimiento a través de un formato, sino que es el resultado de la valoración de las diversas opciones posibles en un caso particular. En ese sentido es importante que la persona que así lo requiera pueda acceder, a través de un sistema personalizado de apoyo, a la asistencia necesaria bien sea legal, técnica, humana o de cualquier otra índole, que se adapte a sus necesidades y que le permita conformar su voluntad después de tener

³³³ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-741 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas.

³³⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-804 de 2009. M. P. María Victoria Calle.

información suficiente sobre los alcances de la decisión, así como sobre los riesgos y consecuencias de la misma.

ii) Libertad e integridad personal

Definición:

La garantía de la protección de la libertad e integridad personal se encuentra contenida principalmente en el artículo 28 de la Constitución de 1991 que, a pesar de estar consagrada como una regla general, está a su vez desarrollada en varias garantías específicas. Estos derechos van dirigidos a evitar que la persona sufra interferencias en la esfera individual por parte de los poderes públicos y de los particulares (Araújo, 2015, p. 542).

Resumen del panorama normativo en cuanto a restricciones por motivo de discapacidad

- Libertad personal

En 2002³³⁵ la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad que se presentó sobre un artículo del Código Penal que reza lo siguiente:

“Art. 76. Medida de aseguramiento en casos especiales. Cuando la conducta punible tenga señalada pena diferente a la privativa de la libertad, la medida de seguridad no podrá superar el término de dos (2) años”.

A juicio del demandante, la mencionada disposición atentaba contra la dignidad y la igualdad debido a que impedía a los inimputables extinguir la acción penal a través de

³³⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-297 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

otros mecanismos de los que gozaban los imputables, tales como el pago, sujetando a los primeros al cumplimiento de la medida de seguridad por dos años.

La Corte declaró la exequibilidad de la norma argumentando que no había una violación de la igualdad pues la diferenciación entre imputables e inimputables se desarrolla sobre la lógica de establecer consecuencias diferentes a situaciones distintas, aclarando además que no todas las medidas de seguridad implicaban una privación de la libertad.

Cabe plantear unas reflexiones a propósito de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1306 de 2009, que regula el domicilio y la residencia de las personas con discapacidad mental de la siguiente manera:

Artículo 19. Domicilio y residencia. Los sujetos con discapacidad mental absoluta tendrán el domicilio de su representante legal o guardador. La persona con discapacidad mental fijará su lugar de residencia si tiene suficiente aptitud intelectual para ese efecto y no pone en riesgo su integridad personal o la de su comunidad. En caso contrario, la residencia será determinada por el guardador, salvo que las autoridades competentes dispongan lo contrario.

La doctrina ha entendido que en términos generales es procedente la restricción a la libertad siempre que se haga a través de autoridad judicial competente y que el motivo de actuar esté expresamente contemplado en la ley (Quinche, 2015, p. 117).

Ahora bien, en el artículo 20 de esta misma ley se dispone lo siguiente: “Las personas con discapacidad mental absoluta gozarán de libertad, a menos que su internamiento por causa de su discapacidad sea imprescindible para la salud y terapia del paciente o por tranquilidad y seguridad ciudadana”. El segundo inciso reza lo siguiente: “El internamiento de los pacientes será de urgencia o autorizado judicialmente”.

La Corte Constitucional ha indicado que la Ley 1306 de 2009,

está dirigida a la protección de personas en estado de incapacidad o de disminución física o mental. Su objeto es plural: (i) la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad y (ii) la rehabilitación y el bienestar del afectado, a través del ejercicio de las guardas, de las consejerías y de los sistemas de administración patrimonial. Procura claramente

modernizar las normas de protección de individuos con discapacidad mental y adaptarlas a la Carta Política vigente y a las diversas convenciones internacionales sobre personas con discapacidad adoptadas por Colombia, pero especialmente para lograr que la sociedad cumpla con su función de proteger e incluir a todos los sujetos como corresponde a un Estado Social de Derecho³³⁶.

- **Integridad personal**

La Corte Constitucional ha señalado que el fundamento de la prohibición de tortura se encuentra en el principio de dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución, y la erige como un pilar del Estado Social de Derecho.

Para esta Corporación, el hecho de que se consagre el principio de dignidad humana dentro de la Constitución,

indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos³³⁷.

Específicamente la prohibición de la tortura se encuentra consagrada en el artículo 12 de la Constitución, ante lo cual, la Corte ha sostenido, que “(...) la tortura es un delito que atenta contra la dignidad humana para obtener resultados variados como información, castigos o coacciones; usando métodos que producen grave dolor, sufrimientos o aflicción en las víctimas, sometiendo su voluntad a la del torturador”³³⁸.

De lo anterior se desprende que el derecho que se tiene a no ser torturado tiene vocación de universalidad, cuya protección se extiende a todas las personas independientemente de sus características diferenciadoras. Así las cosas, las personas con discapacidad también son

³³⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-438 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas.

³³⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-143 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas.

³³⁸ *Ibid.*

acreedoras de esta protección, por lo que toda intervención en sus cuerpos deberá estar autorizada por un consentimiento informado, ya sea expreso o hipotético. En el caso de que se den intervenciones o se administren medicamentos sin que medie el consentimiento (o no se avale con posterioridad la actuación), ello podrá calificarse como una afectación a la integridad personal.

Estrategias de accesibilidad, ajustes razonables y acciones afirmativas

- Barreras: junto con la barrera de reconocimiento, la situación de desventaja económica y social impide a las personas con discapacidad acceder a las garantías judiciales suficientes para preservar la libertad e integridad personal en caso de existir algún menoscabo a ellas, ya sea por parte de particulares o de agentes del Estado.
- Acciones afirmativas: estas medidas deberán estar orientadas a garantizar a las personas con discapacidad los recursos y medios suficientes para salvaguardar sus derechos en sede judicial.
- Medidas de apoyo: el plan personalizado de asistencia permitirá a la persona no solo plantear estrategias de defensa en sede judicial, sino también expresar su consentimiento en relación con toda conducta o medida que pueda llegar a tener impacto sobre su libertad e integridad personal.

iii) Participación en la vida pública y política

Definición:

Se trata de todos aquellos contenidos que permiten al sujeto intervenir en la vida pública o actuar como ciudadano y relacionarse con el ejercicio y control del poder político.

El reconocimiento de los derechos políticos puede verse desde dos aristas: una activa y una pasiva, de elegir y ser elegido, respectivamente. En el ordenamiento jurídico colombiano la

ciudadanía está vinculada a la capacidad. Tal es la consideración del Decreto 1260 de 1970³³⁹, de la que se desprende que para ejercer los derechos políticos se requiere ser ciudadano; es decir, haber alcanzado la mayoría de edad.

Resumen del panorama normativo en cuanto a restricciones por motivo de discapacidad:

- Voto

La doctrina considera que en determinadas circunstancias el voto puede restringirse. La Ley 163 de 1994 consagra en su artículo 16 lo siguiente:

Acompañante para votar. Los ciudadanos que padezcan limitaciones y dolencias físicas que les impidan valerse por sí mismos, podrán ejercer el derecho al sufragio “acompañados” hasta el interior del cubículo de votación. Así mismo los mayores de ochenta (80) años o quienes padezcan problemas avanzados de visión.

Parágrafo. Las autoridades electorales y de policía les prestarán toda la colaboración necesaria y darán prelación en el turno de votación a estas personas.

En jurisprudencia de 1994³⁴⁰, la Corte Constitucional se pronunció sobre la acción de tutela que interpuso una ciudadana en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil por la presunta vulneración de su derecho a ejercer el voto. Se describe que la actora sufre de problemas visuales por lo que solicitó ayuda a los jurados para que le señalaran en el tarjetón los candidatos por quienes ella quería votar, a lo que ellos se negaron manifestándole que si no podía identificar al candidato debía introducir el tarjetón en blanco. Finalmente fue la opción que ella tomó.

La Corte indicó que a pesar de que el artículo 16 de la Ley 163 de 1993 consagra el ejercicio del derecho al voto para personas con limitaciones físicas, permitiéndoles ir al

³³⁹ Artículo 1 del Decreto 1260 de 1970: “El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

³⁴⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-466 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

cubículo con un acompañante, esto solo procede en circunstancias excepcionales donde el votante no pueda ejercer su derecho de ninguna otra manera. De hecho no accedió a las pretensiones de la demandante porque se probó dentro del proceso que su dificultad era salvable con el uso de anteojos, entendiendo que su propia negligencia era la que le había impedido ejercer su derecho.

Estrategias de accesibilidad, ajustes razonables y acciones afirmativas

- Barreras: aunque la principal barrera es la de reconocimiento en tanto que las normas en materia electoral se rigen por los postulados del derecho civil, no obstante también confluyen las barreras físicas y conductuales.
- Accesibilidad: es necesario que se adecúen las edificaciones, recintos y demás espacios físicos, y se ajusten los sistemas de votación, brindando a todas las personas la posibilidad de sufragar, realizando ajustes de carácter individual cuando sean necesarios.
- Medidas de apoyo: es necesaria la designación de un asistente en temas electorales que instruya a la persona con discapacidad en los temas relacionados con las elecciones. El sistema personalizado deberá garantizar que la persona pueda conformar su voluntad y expresar el consentimiento frente a una opción o decisión política.
- Toma de conciencia: deberán adoptarse medidas de capacitación para los funcionarios, así como medidas educativas para generar conciencia en la ciudadanía sobre las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad, resaltando la importancia de su participación dentro de los diferentes escenarios democráticos.

iv) Bienestar social

Definición:

En esta categoría se incluyen los denominados derechos económicos y sociales, los cuales encuentran su fundamento en las formulaciones sobre la igualdad sustancial, que es considerada como uno de los aspectos de justicia necesarios para la protección de la dignidad humana (García Añón, 2006, p. 79).

La razón de ser de los derechos económicos y sociales se encuentra en la imposibilidad de ciertos grupos de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas, lo que lleva a que se vea una afectación en el disfrute de sus derechos civiles y políticos (García Añón, 2006, p. 86).

Resumen del panorama normativo en cuanto a restricciones por motivo de discapacidad:

- Acceso al trabajo

El artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispone lo siguiente:

Artículo 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren (las cursivas son nuestras).

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el texto en cursivas en sentencia del año 2000³⁴¹. Se trataba de una demanda de inconstitucionalidad donde se alegaba que la mencionada disposición desconocía la obligación del Estado de otorgar protección especial a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, pues permitía que fueran despedidas de sus trabajos a cambio de una indemnización. A juicio del demandante, esta flexibilidad de la norma obstaculizaba derechos de las personas con discapacidad como su dignidad, desarrollo de la personalidad jurídica o el acceso al trabajo en condiciones de igualdad, al tiempo que destacó que era contrario al deber del Estado de adelantar una política de rehabilitación e integración de los “disminuidos físicos”, desconociendo los convenios internacionales ratificados a la fecha por Colombia.

En esa oportunidad la Corte destacó que en el marco del Estado Social de Derecho debía promoverse la inclusión de las personas con discapacidad, asegurando una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y de accesibilidad. Que dentro de este ámbito debían distinguirse diferentes medidas especiales de protección como lo es la “estabilidad laboral reforzada”, que garantiza la permanencia de la persona en el empleo según su capacidad laboral.

La Corte declaró la constitucionalidad de la norma argumentando que para poder despedir a una persona con discapacidad en razón a su limitación, se requería autorización del Ministerio del Trabajo, previendo una indemnización en caso de no contarse con dicha autorización. Curiosamente, más adelante la Corte advierte que el despido sin dicha autorización se reputaba como inexistente.

- Acceso a la educación

La Ley 115 de 1994 (o ley general de educación), en el artículo 46, parágrafo 2°, dispone lo siguiente:

Las instituciones educativas que en la actualidad ofrecen educación para personas con limitaciones, la seguirán prestando, adecuándose y atendiendo los requerimientos de la integración social y académica, y desarrollando los programas de apoyo especializado

³⁴¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-531 de 2000. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

necesarios para la adecuada atención integral de las <personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica>. Este proceso deberá realizarse en un plazo no mayor de seis (6) años y será requisito esencial para que las instituciones particulares o sin ánimo de lucro puedan contratar con el Estado.

A pesar de lo dispuesto en el mencionado texto normativo, la Corte Constitucional, ha encausado progresivamente su jurisprudencia hacia la adopción del modelo inclusivo de educación, esto es, el que se desarrolla en aulas regulares de estudio. Del mismo modo, ha destacado la importancia de realizar ajustes razonables a fin de materializar tal inclusión, en línea con lo dispuesto en la CDPD. Sin embargo, también ha justificado para ciertos casos el modelo de educación especial³⁴².

Estrategias de accesibilidad, ajustes razonables y acciones afirmativas:

- Barreras: junto a las barreras económicas y sociales, las barreras físicas son las que quizá más afectan el ejercicio de este grupo de derechos.
- Accesibilidad: para promover condiciones de bienestar en relación con las personas con discapacidad, es menester garantizar el acceso físico a los diferentes entornos, tales como puestos de trabajo, instituciones educativas, edificios destinados a vivienda, centros de salud y, en general, a toda la infraestructura que esté destinada para tal fin. Deberán adoptarse los ajustes razonables que resulten pertinentes cuando no se logre la accesibilidad a través del diseño universal.
- Acciones afirmativas: deberán tomarse medidas de contenido prestacional a fin de garantizar, de cara al Principio de autonomía³⁴³, el acceso material a los planes y programas que brindan seguridad social y económica tales como becas, subsidios de vivienda, plazas de empleo, etc., cuando por una situación de desventaja la persona no tenga la posibilidad de participar en la distribución de los recursos y bienes sociales en igualdad de condiciones frente al resto de la población.

³⁴² Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-139 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas S.

³⁴³ En ocasiones, la obtención de una prestación económica ha estado condicionada a la declaratoria de interdicción, tal como ha sucedido con el reconocimiento de la pensión sustitutiva una vez la persona con discapacidad alcanza la mayoría de edad. Ver, entre otras: Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-941 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.

v) Capacidad de obligarse y de intervenir ante operadores jurídicos

Definición:

Las prerrogativas que podrían incluirse dentro de esta categoría son las que derivan de las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico, que parten del artículo 29 de la Constitución Política colombiana (Quinche, 2015, pp. 228-232) y tienen que ver con la posibilidad de adelantar actuaciones jurídicas especialmente en el ámbito judicial y administrativo.

Las garantías de protección se extienden a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, por lo que atendiendo a fines metodológicos se recurrirá a las normas de procedimiento civil y comercial que sientan las bases de las demás normas del ordenamiento procesal (laboral, administrativo, constitucional, notarial, entre otros).

Resumen del panorama normativo en cuanto a restricciones por motivo de discapacidad:

- Derecho a contraer obligaciones

En 2000³⁴⁴, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad que presentó un ciudadano contra un artículo del Código de Comercio que dispone lo siguiente:

“Artículo 828. La firma de los ciegos no les obligará sino cuando haya sido debidamente autenticada ante juez o ante notario, previa lectura del respectivo documento de parte del mismo juez o notario”.

Alegaba el demandante que esta formalidad atentaba contra la igualdad de las personas con discapacidad sensorial, haciendo más gravoso para ellas perfeccionar negocios jurídicos y

³⁴⁴ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-952 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

ejercer su autonomía negocial, además de que contrariaba la presunción de buena fe de los contratantes.

La Corte declaró la constitucionalidad de la norma haciendo una reseña del principio de igualdad, en virtud de lo cual se imponía la obligación de tomar medidas a favor de las personas con debilidad manifiesta precisamente para asegurar el correcto ejercicio de su autonomía negocial.

Bajo ese entendido, la Corte reconoce que las personas con discapacidad visual gozan de plena capacidad jurídica pues no necesariamente sufren de alguna patología que impida su autodeterminación, pero también reconoce que es necesario proteger de manera especial sus derechos. A juicio de la Corte, la medida entonces tiene un carácter garantista, asegurando los derechos del invidente al contraer una obligación.

Frente a la buena fe, protege tanto al invidente que puede tener certeza del contenido del negocio cuando este se realiza por escrito, como a quien contrata con él al dar una garantía respecto de que no podrá el invidente alegar una nulidad por desconocimiento del contenido del negocio.

- Acceso a la justicia

La Corte Constitucional ha entendido sobre el particular que este derecho se encuentra directamente ligado al valor de la justicia, buscando que los individuos puedan tener una garantía real y efectiva para su realización y previniendo situaciones de indefensión³⁴⁵. Para el Alto Tribunal este derecho es de configuración legal, por lo cual el diseño de las condiciones de acceso y los requisitos de ejercicio corresponden al legislador³⁴⁶.

En cuanto a las barreras físicas, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse mediante providencia de 2008³⁴⁷. Se trataba de un ciudadano con acondroplasia que interpuso una acción de tutela contra el mismo tribunal y contra el Consejo Superior de la Judicatura debido a que las instalaciones no se adaptaban para

³⁴⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-279 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-1258 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

ofrecer atención a usuarios que detentan esta condición, lo que a su parecer era contrario a los principios de igualdad y dignidad. Relató que acudió al edificio de esta Corporación y al solicitar información se vio en una situación “incómoda y degradante” pues las ventanillas se encontraban a una altura mayor de la que él podía acceder. En el análisis de la Corte se reconoce la afectación de la igualdad, del derecho a la información y del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, derechos que a juicio de la Corte se encontraban vulnerados. Lo anterior lleva al alto Tribunal a conceder la razón al demandante y hacer extensivos los efectos de esta sentencia a toda la población de baja estatura, ordenando a las Corporaciones demandadas la adopción de medidas y planes de accesibilidad adaptada a las necesidades de esta población para asegurar el acceso a la información.

- **Capacidad procesal**

El artículo 53 del Código General del Proceso dispone que las personas naturales y jurídicas tengan capacidad para hacer parte en un proceso sin distinción alguna. El derecho procesal civil considera, al igual que el derecho civil, que

Las personas legalmente capaces comparecen por sí mismas al proceso, sin necesidad de ninguna representación especial para que puedan adquirir esa calidad de parte en tanto que los incapaces (bien por edad, demencia, sordomudez, etc.), lo harán (...) por medio “de sus representantes, o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales” (López, 2009, p. 298).

Así las cosas, cuando las personas declaradas incapaces deban comparecer al proceso lo harán a través de sus representantes legales; se considera que así se les garantiza un adecuado derecho de defensa (López, 2009, p. 298).

De lo anterior se desprende que la capacidad en materia procesal se presenta de dos maneras: la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. La primera de ellas está ligada a la capacidad de goce, por lo que debe otorgarse a todos los sujetos jurídicos (Gutiérrez, 2009, p. 247). A pesar de este reconocimiento general de capacidad, cuando se define la capacidad para ser parte se tiene que “como la aptitud genérica de una persona para ser demandante o demandado en un proceso, cualquiera que este sea y aunque nunca

llegue a litigar” (Gutiérrez, 2009, p. 246). De esto se desprende que a pesar de que se reconoce a todos la capacidad para ser parte, no puede concretarse en todas las personas; de ahí que se requieran las figuras de sustitución de la capacidad.

La segunda manera, la capacidad procesal, está vinculada con las consideraciones de la capacidad de ejercicio (Gutiérrez, 2009, p. 246). Frente a la capacidad para ser parte, el Código General del Proceso plasma en su artículo 54 que se entenderán como personas capaces para comparecer al proceso aquellas que puedan disponer de sus derechos por sí mismas, mientras que las demás lo harán a través de sus representantes legales o por autorización de estos. El artículo 55, por su parte, indica que se designará un curador *ad litem* en el caso en que una persona declarada incapaz tenga que comparecer a un proceso y carezca de un representante legal o exista un conflicto de intereses con este.

El derecho de postulación es una previsión del legislador para evitar que los intereses de los particulares se vean afectados por la falta de conocimientos específicos o inexperiencia en el campo del derecho. Por esta razón, en la generalidad de los procesos la capacidad para ser parte se concreta en la capacidad procesal, en donde las partes otorgan un poder a un letrado para que represente sus intereses en un proceso (López, 2009, p. 370).

Frente a la legitimidad para interponer la acción de tutela³⁴⁸, la Corte Constitucional ha mantenido la misma línea del Código Civil y ha considerado que

El titular de la acción de tutela es la persona cuyos derechos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, pudiendo promover el amparo de sus derechos (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso³⁴⁹.

³⁴⁸ Es de anotar que en sentencia del año 2004, el Alto Tribunal se pronunció sobre la legitimidad de las personas con discapacidad para interponer una acción de amparo constitucional. En esa oportunidad la Corte destacó que debía aportarse prueba siquiera sumaria de la imposibilidad del agenciado para interponer la acción en nombre propio. Resulta como mínimo curioso que en esta providencia la Corte precisó que el concepto de incapacidad de interponer la acción trasciende “la minoría de edad o alienación mental”. Esto quiere decir que puede también incluirse dentro del concepto a quienes tienen una discapacidad física para promover la acción (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-794 de 2004. M. P. Jaime Araújo Rentería).

³⁴⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-494 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

A pesar de las reglas anteriormente enunciadas, la Corte ha considerado que los Defensores de familia tienen capacidad procesal reconocida para intervenir en la representación de los menores y así asegurar el pleno ejercicio de sus derechos³⁵⁰.

- **Capacidad para ser testigo**

Para la doctrina el testimonio es “un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de los hechos en general” (Parra, 2011, p. 267). De lo anterior se desprende que quien rinda testimonio debe ser una persona capaz de percibir e interpretar los hechos que conozca.

Este es el sentido del artículo 210 del Código General del Proceso, que dispone lo siguiente:

Artículo 210. Inhabilidades para testificar.

Son inhábiles para testificar en todo proceso los que se hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender.

Son inhábiles para testificar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testificar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La tacha por inhabilidad deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella. El juez resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal se abstendrá de recibir la declaración.”

³⁵⁰ *Ibíd.*

Estrategias de accesibilidad, ajustes razonables y acciones afirmativas:

- Barreras: aunque la principal barrera que se identifica es la de reconocimiento legal, puesto que en materia procesal se desarrollan los conceptos plasmados en el Código Civil sobre capacidad, el ejercicio pleno de estos derechos también está restringido por la existencia de barreras físicas y económicas/sociales.
- Accesibilidad: i) acceso al entorno físico (espacios, mobiliarios, señalización, etc.), debido a que los edificios en que actualmente funcionan los despachos judiciales, administrativos y notariales no disponen de una adecuación física apropiada para permitir el acceso a las personas en situación de discapacidad. ii) acceso a la información, debido a que la manera en que operan dichas oficinas impide a las personas con discapacidad acceder a los documentos que contienen la información relevante para poder disponer de sus propios intereses.
- Medidas de apoyo: las medidas de apoyo deberán traducirse en la prestación de servicios técnicos, legales, humanos, entre otros, para que las personas puedan decidir el rumbo del proceso en que hagan parte, del tal manera que el apoderado judicial obre conforme a su querer.

El sistema de apoyo también deberá estar dirigido a que a la persona con discapacidad tenga la posibilidad de escoger a su apoderado.

Es necesario modificar el sistema de pruebas vigente en relación con la inhabilidad de rendir testimonio, toda vez que las personas en situación de discapacidad a través de un apoyo que se le preste, puede rendir testimonio en igualdad de condiciones con los demás.

La implementación de los sistemas de apoyo en materia procesal requiere como paso previo el diseño de un esquema accesible.

2.2. Propuesta en materia normativa

Propuesta de articulado para promover el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en un contexto de igualdad

Ley de igualdad de oportunidades para promover el acceso afectivo a los derechos por parte de las personas con discapacidad

Capítulo I. Cuestiones generales

Artículo 1. Propósito

El propósito de la ley es adoptar las medidas suficientes para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad con los demás;

Artículo 2. Igual reconocimiento ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. Las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica, en las mismas condiciones que los demás.

La igualdad de la persona ante la ley es presupuesto básico para el disfrute de los derechos.

Artículo 3. Definiciones:

A los efectos de esta ley se entenderá:

- a) Discapacidad: es la situación resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras de cualquier índole que impiden el disfrute de los derechos.
- b) Personas con discapacidad: incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, restringen o limitan su participación plena y efectiva en la sociedad.
- c) Medidas afirmativas: son aquellas que están orientadas a garantizar a las personas con discapacidad, bajo criterios de razonabilidad y

proporcionalidad, las condiciones económicas y sociales necesarias para el ejercicio de los derechos, en condiciones de igualdad.

- d) Medidas para la accesibilidad: son aquellas que están encaminadas a promover la vida independiente, garantizando a todas las personas, en condiciones de igualdad, el acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y demás servicios e instalaciones.
- e) Ajustes razonables: son aquellas medidas que se adoptan con carácter particular, que tienen el propósito de garantizar el acceso a los derechos de las personas con discapacidad, cuando las medidas generales de accesibilidad no sean suficientes.
- f) Medidas de apoyo: son aquellas que están destinadas a promover la autonomía de las personas en cuanto a la toma de las propias decisiones.
- g) Medidas contra la discriminación: son aquellas que están encaminadas a eliminar toda limitación o restricción el ejercicio de los derechos, por motivo de discapacidad.

Artículo 4. Principios

Los principios de la presente ley serán:

- a. El respeto de la dignidad inherente
- b. La autonomía individual
- c. La igualdad de oportunidades
- d. La NO discriminación
- e. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad
- f. La igualdad entre el hombre y la mujer

Artículo 5. Titularidad de derechos

Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que se reconocen a las demás personas, sin distinción alguna.

La declaración de discapacidad sirve de fundamento para la adopción de medidas afirmativas.

En ningún caso la declaración de discapacidad o de incapacidad laboral, según sea el caso, servirá de fundamento para limitar o restringir el ejercicio de los derechos.

Artículo 6. Prevalencia de la autonomía

Se adoptarán las medidas suficientes para garantizar que las personas con discapacidad puedan tomar por sí mismas decisiones relativas al ejercicio de sus derechos.

Artículo 7. Ámbito de aplicación material

Las medidas de protección de derechos que se arbitran en virtud de la presente ley se aplicarán a los siguientes ámbitos de decisión, sin perjuicio de otros espacios de la vida que traducen actos de voluntad, a los cuales se harán extensivas también las presentes disposiciones:

- a) Decisiones personalísimas
- b) Libertad e integridad personal
- c) Participación en la vida pública y política
- d) Bienestar social
- e) Intervención ante operadores jurídicos

Capítulo II. Protección de los derechos

Artículo 8. Decisiones personalísimas

Las personas con discapacidad tienen derecho a tomar por sí mismas las decisiones relativas a las condiciones de existencia y de desarrollo de la personalidad, para lo cual es necesario garantizar que los medios para informar la decisión sean plenamente accesibles.

Cuando se requiera, deberán realizarse los ajustes suficientes para que la información esté recogida en formatos que se adapten a las necesidades de las personas, permitiendo así su lectura y/o comprensión.

En todo caso, se brindarán las medidas de apoyo suficientes para que las personas que así lo precisen puedan otorgar válidamente el consentimiento.

En ningún caso podrá limitarse o restringirse el ejercicio de los derechos que se vinculan a las condiciones de existencia o desarrollo de la personalidad, por motivo de discapacidad.

Artículo 9. Libertad e integridad personal

Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad personal.

A las personas con discapacidad que sean privadas de la libertad, en virtud de una orden judicial, se les garantizará la protección de sus derechos en igualdad de condiciones frente a los demás.

Cuando la situación lo precise, se adoptarán las medidas suficientes -incluidos los apoyos-, para que la persona pueda tomar autónomamente decisiones en relación a la disposición de sus propios intereses.

Las medidas que se adopten para proteger los derechos de las personas con discapacidad deberán contar con el consentimiento de la propia persona.

Incluso, cuando por cuestiones de urgencia este no pueda ser otorgado, en todo caso deberá respetarse la voluntad y preferencias de la persona sobre la cual recae la misma.

Todo acto o medida que imponga restricciones injustificadas a la libertad personal o atente contra la integridad de la persona, por motivo de discapacidad, será considerada discriminatoria, sin perjuicio de los demás intereses o bienes jurídicos que puedan resultar vulnerados.

Artículo 10. Participación en la vida pública y política

Las personas con discapacidad podrán participar plenamente en la dirección de los asuntos públicos, por sí mismas, o a través de asociaciones u organizaciones no gubernamentales que se hayan constituido para tal fin.

También tendrán derecho a participar en la vida política y en los procesos electorales, por sí mismas, o a través de representantes, en igualdad de condiciones que los demás.

Deberán adoptarse las condiciones de accesibilidad para que la participación sea real y efectiva, efectuando las modificaciones que sean necesarias, en casos particulares.

Deberán arbitrase las medidas de apoyo necesarias para garantizar que las personas con discapacidad puedan conformar la voluntad y expresar el consentimiento, en ejercicio de los derechos de participación.

No podrán restringirse los derechos de participación en la vida pública y política por motivo de discapacidad.

Artículo 11. Bienestar social y económico

Deberá garantizarse a las personas con discapacidad el acceso a los derechos y prestaciones de carácter social y económico, con el fin de asegurar que el ejercicio de la autonomía se produzca en un contexto de igualdad.

Cuando la situación así lo disponga deberán realizarse los ajustes físicos y materiales que sean necesarios, lo cual incluye adoptar un sistema general de apoyo, para hacer efectiva dicha accesibilidad en condiciones de igualdad con los demás.

En todo caso deberán adoptarse las medidas afirmativas que resulten pertinentes tanto para promover el acceso efectivo a los mencionados derechos, como para evitar que la falta de acceso a los mismos acentúe la situación de desventaja.

Toda distinción o exclusión que tenga el propósito de limitar o restringir el acceso a los derechos y prestaciones de carácter social y económico, constituye un acto de discriminación.

Artículo 12. Capacidad de obligarse y de intervenir ante operadores jurídicos

Las personas con discapacidad podrán intervenir directamente o por intermedia persona en aquellas actuaciones administrativas, judiciales y notariales en las

cuales se demuestre que tiene un interés particular, en igualdad de condiciones frente a los demás; también podrán hacerlo en calidad de testigos.

Deberán adoptarse las medidas necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el acceso a todas las actuaciones, salvo a aquellas que tengan reserva legal, mediante la adaptación de los entornos, formatos e incluso, mediante el ajuste del procedimiento.

Sin perjuicio de los planes personalizados de apoyo todas las oficinas abiertas al público deberán contar con un sistema general que facilite el ejercicio de la autonomía.

La restricción de la capacidad procesal por motivo de discapacidad constituye un acto de discriminación.

2.3. Recomendaciones finales sobre el modelo para la eliminación de las barreras

Se propone la expedición de una ley de igualdad para promover los derechos de las personas con discapacidad que esté sustentada en la eliminación de las barreras y que incluya al menos los siguientes elementos:

1. La ley de igualdad debe tener por objeto garantizar el ejercicio de los derechos, incluida por supuesto la capacidad jurídica, en condiciones de igualdad.
2. La ley deberá tener carácter transversal y deberá operar en los distintos ámbitos normativos, ya sea que se regulen o no cuestiones relativas a la discapacidad (comunicaciones, transporte, bienes, servicios, normas urbanísticas, políticas públicas, empleo público, educación, administración de justicia, etc.).
3. La igualdad debe ser entendida en sus dos dimensiones: positiva y negativa. La positiva se refiere a la adopción de medidas que apunten a compensar situaciones de desventaja, tanto por la construcción de un entorno accesible (diseño para todos y ajustes razonables), como por el déficit de satisfacción de los derechos en atención a las condiciones económicas y sociales (acciones

afirmativas). La negativa se refiere a la eliminación de todo tipo de exclusión o restricción por motivo de discapacidad, que tenga como propósito, o tenga el efecto, de impedir el reconocimiento de la titularidad o el ejercicio de los derechos.

4. La discriminación puede ser directa o indirecta. Cualquier distinción o exclusión que se realice por motivo de discapacidad, que tenga como propósito impedir el goce o disfrute de los derechos se entenderá como constitutiva de discriminación directa³⁵¹. La denegación de ajustes razonables o la falta de implementación de medidas afirmativas serán constitutivas de discriminación indirecta. También lo constituirá el hecho de que no se reconozca o no se promueva el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad.
5. Las medidas afirmativas (reserva de plazas de trabajo, becas educativas, subsidio de transporte, ayudas económicas, entre otras) podrán tener carácter general, o podrán estar articuladas dentro del sistema de apoyos personalizado (asistencia personal, servicios técnicos, traductor, etc.). En uno u otro caso, deberán estar orientadas a conjurar situaciones de desventaja para garantizar el ejercicio de los derechos, en igualdad de condiciones con los demás.

³⁵¹ En virtud de la Ley 1752 de 2015, se tipificó en el sistema penal colombiano el delito de “actos de discriminación por motivo de discapacidad”. Es de anotar que, en un comienzo, el tipo penal solo estaba contemplado para sancionar hechos constitutivos de discriminación por motivo de raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual. Incluso un ciudadano había presentado una demanda ante la Corte Constitucional por considerar que existía una omisión legislativa al no haberse incluido también la discapacidad como factor de discriminación. El Alto Tribunal, a través de la Sentencia C-671 de 2014, declaró exequible la disposición normativa (recogida inicialmente en la Ley 1482 de 2011) indicando, entre otras cosas, que la discriminación por motivo de discapacidad no tiene la misma entidad de otras formas de exclusión en tanto que no responde a un patrón de segregación sino a manifestaciones inconscientes o rutinas interiorizadas. Al año siguiente, esto es, en 2015, el Congreso de la República, mediante la precitada ley 1752 optó por ampliar el tipo penal a los actos de discriminación por motivo de discapacidad. Quizás el debate que se había dado previamente en el seno de la Corte, con la participación de sectores sociales, académicos e institucionales tuvo incidencia en el nuevo proceder legislativo.

Anexo

Propuesta integrada para el reconocimiento de la capacidad jurídica en un contexto de igualdad

Art. 1: Objeto de la presente ley

La presente ley tiene por objeto la promoción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, en un contexto de igualdad.

Art.2: Ámbito de aplicación

Toda persona que tenga dificultades para conformar la voluntad y/o para expresar el consentimiento contará con un plan individual de apoyo, el cual estará adaptado a sus necesidades.

El plan individual de apoyo determina el tipo y soporte de apoyo que la persona precisa para la promoción de su autonomía.

En el caso de que existan directivas anticipadas de la voluntad se atenderá a lo que ellas dispongan.

Art. 3: Personas con discapacidad

A los efectos de esta ley son personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales que, al momento de interactuar con diversas barreras les impide el ejercicio de los derechos.

Art. 4: Derechos Fundamentales

Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que se otorgan a las demás personas, sin ninguna restricción. Deberán adoptarse las medidas necesarias para promover el acceso efectivo a los derechos por parte de las personas con discapacidad. Dichas medidas incluirán, junto con el sistema de apoyo personalizado, las acciones afirmativas, las estrategias para garantizar la accesibilidad y las medidas para evitar la discriminación.

Art. 5: Valoración de la discapacidad

El reconocimiento de la discapacidad o el grado de la misma solo servirán para garantizar la adjudicación del sistema de apoyo o para asegurar la adopción de medidas de diferenciación positiva para promover la igualdad. En ningún caso dicho reconocimiento podrá suponer una restricción al ejercicio de los derechos.

Art. 6: Medidas de protección personal

Las medidas de protección personal tendrán carácter excepcional. Procederán únicamente cuando pueda llegar a anticiparse, bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los efectos restrictivos que una decisión en el presente podría llegar a tener en el ejercicio futuro de la capacidad jurídica, dadas las circunstancias particulares. Dichas medidas no podrán prolongarse por más de 24 horas, salvo que exista autorización judicial. En todo caso no podrán exceder las 72 horas.

Art. 7: Reconocimiento de la capacidad jurídica

Todas las personas podrán ejercer plenamente los derechos en igualdad de condiciones con los demás. En ningún caso podrá restringirse el ejercicio de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad.

Sin perjuicio de los planes personalizados de apoyo todas las oficinas abiertas al público deberán contar con un sistema general que facilite el ejercicio de la autonomía.

Art. 8: Establecimiento del plan personalizado para el ejercicio de la capacidad

Toda persona que así lo precise contará con un plan de apoyo personalizado para el ejercicio de la capacidad jurídica. El establecimiento de dicho plan se efectuará por vía judicial.

Sin perjuicio de la adopción del programa personalizado, todas las oficinas públicas, tanto administrativas como judiciales, o aquellas privadas que presten servicios públicos, deberán contar con un plan general de apoyo que permita a las personas adelantar actuaciones por sí mismas, salvo en aquellas diligencias en las cuales se requiera de asistencia judicial.

Art. 9: Función de las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo tienen como propósito contribuir al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de la persona que así lo requiera, en los ámbitos señalados en la providencia judicial.

Las medidas de apoyo deberán ser adecuadas y proporcionales a las necesidades de la persona que las precisa. El respeto de la voluntad y preferencias del apoyado será la principal directriz para su funcionamiento.

Art. 10: Modalidades de apoyo

Los apoyos consisten en mecanismos, dispositivos, o servicios de asistencia que se ponen a disposición de la persona para la promoción de su autonomía, en condiciones de igualdad con los demás.

El programa personalizado podrá estar diseñado sobre la base de apoyos de carácter material, humano, técnico, comunicacional, entre otros, quedando sujeta la conformación del programa a las necesidades e intereses de cada persona.

Art. 11: Graduación de las medidas de apoyo

El nivel de intensidad del apoyo variará según la dificultad que tenga la persona para la toma de decisiones. De ese modo, el nivel del plan personalizado oscilará entre apoyos de mayor intensidad (cuando exista una dificultad tal que le impida totalmente a la persona conformar la voluntad y otorgar el consentimiento) y apoyos de mínima intensidad (cuando el modelo de acompañamiento únicamente asegura que la decisión que tome la persona sea informada).

Art 12: Controles sobre las medidas de apoyo

El juez realizará controles periódicos sobre el plan personalizado de apoyo para evaluar su correcto funcionamiento. Ahora bien, si lo considera pertinente, de oficio o a solicitud de parte, podrá ordenar un ajuste del mismo en cuanto a la modalidad del plan inicial o en cuanto al nivel de intensidad, todo lo cual deberá hacerse conforme con las reglas del debido proceso.

Art. 13: Vinculación de las medidas de apoyo

Las medidas de apoyo serán obligatorias cuando estén orientadas a favorecer la toma de decisiones de personas que precisan de un plan personalizado de mayor intensidad. Por el contrario, no serán obligatorias cuando estén encaminadas a facilitar la toma de decisiones de personas que precisan un plan personalizado de mínima intensidad.

El hecho de la discapacidad por sí solo no será factor determinante para la aprobación de un plan de apoyos obligatorio.

Art. 14: Medidas de apoyo para la toma de decisiones vinculadas a la disposición de intereses de carácter estrictamente patrimonial

Toda persona que tenga dificultades para el manejo de su patrimonio podrá contar con un plan individual de apoyo que le permita tomar decisiones de tal naturaleza bajo su propia cuenta y riesgo. El establecimiento de dicho plan se efectuará por vía judicial.

Art. 15: Del apoyo personal

Esta modalidad de apoyo podrá ser ejercida tanto por personas naturales como por personas jurídicas sin ánimo de lucro que hayan sido creadas para tal fin.

La función del apoyo será la de contribuir al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de la persona beneficiaria. Dicha función de asistencia deberá proyectarse en los ámbitos señalados en la providencia judicial de asignación de apoyos.

En el caso de que varias personas naturales sean elegibles para el cumplimiento de dicha función se preferirá aquella que tenga un mayor vínculo de confianza con la persona que precisa de los apoyos. Lo anterior sin perjuicio de que el plan de asistencia pueda ser cumplido por varias personas, según las necesidades particulares de la persona apoyada.

No podrán cumplir la función del apoyo los servidores públicos o las personas con quien pueda generarse conflicto de intereses, respecto a la persona asistida.

Art. 16: De la provisión de apoyos

Se creará la Oficina de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, a cargo de la Vicepresidencia de la República, la cual tendrá por objeto proveer los apoyos a las personas a quienes se les haya asignado un plan personalizado mediante providencia judicial, cuando aquella no cuente con los recursos suficientes para cubrir el costo del programa de apoyos.

Cuando el apoyo sea de carácter personal y este sea prestado directamente por una persona de confianza o cercana al núcleo familiar, deberá otorgarse una prestación económica mensual a quien desempeña la función. En este caso, es necesario que la persona que ha sido dispuesta para cumplir con la labor de apoyo se encuentre facultada para tal propósito. Para ello, la precitada Oficina, a través del SENA, organizará cursos gratuitos de formación sobre los derechos de las personas con discapacidad y extenderá la respectiva certificación.

En caso de que el apoyo se exceda en sus funciones o no cumpla con los deberes que se le imponen en virtud del plan personalizado se suspenderá la prestación económica y se ordenará su remoción, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad a que haya lugar.

Las entidades representativas de las personas con discapacidad también podrán prestar el servicio de apoyo personal.

Art. 17: Solicitud del plan personalizado

Una vez la persona cumpla la mayoría de edad podrá solicitarse el plan individual para el ejercicio de la capacidad jurídica. Dicha solicitud podrá ser realizada directamente por la persona que precisa de los apoyos o por las personas más cercanas a su núcleo familiar. En situaciones excepcionales el Ministerio Público podrá elevar dicha solicitud, siguiendo el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo anterior, deberá contarse con sistema general de apoyo que permita a todas las personas, incluso a aquellas que no han cumplido la mayoría de edad, el ejercicio de los derechos y la disposición de intereses, siempre que no se haya impuesto restricciones legales a la misma para preservar el interés superior del menor.

Art.18: Dictamen para el establecimiento del sistema de apoyos

El juez podrá valerse del material probatorio que considere pertinente para informarse sobre la realidad de la persona que requiere de un plan personalizado.

En caso de que sea una persona con discapacidad la que precise del plan, el dictamen pericial no podrá reducirse a la sola valoración médica de la deficiencia (dificultad), sino que el estudio deberá abordarse desde diferentes ámbitos (psicológico, sociológico, relacional, etc.), a fin de contar con elementos de juicio suficientes que permitan determinar las barreras que afronta la persona para la toma de sus propias decisiones

(diagnóstico social). El examen holístico también permitirá evidenciar las competencias y habilidades de la persona en diversos ámbitos; todo ello para efectos de indagar también sobre las posibilidades.

Las relaciones de familia, los lazos afectivos, las expectativas de la persona, el desarrollo de actividades cotidianas, entre otros, serán aspectos que permitirán definir el alcance del plan personalizado.

Art. 19: Capacidad para intervenir en los procesos judiciales y administrativos

Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. A las personas que así lo precisen se les asignará un plan personalizado de medidas de apoyo que le permitan comparecer por sí al proceso, sin perjuicio de las diligencias que requieran de asistencia judicial.

No podrá haber restricción a la capacidad procesal por motivo de discapacidad.

Los poderes públicos garantizarán que todas las dependencias judiciales y administrativas sean accesibles, para lo cual adoptarán medidas positivas y ajustes necesarios, cuando haya lugar a ellos. Asimismo deberán disponer de un plan general de apoyo que permita a todas las personas, sin distinción alguna, tomar decisiones encaminadas al ejercicio de sus propios derechos.

Art. 20: Trámite

La asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones se tramitará en proceso verbal

Art. 21: Procedimiento

La asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones se sujetará al procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Art. 22: Asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones de carácter extrapatrimonial

Para el reconocimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se observarán las siguientes reglas:

1. Toda persona que tenga dificultades para conformar la voluntad o para expresar el consentimiento podrá iniciar, ante el funcionario competente, el procedimiento pertinente para que se le reconozca un plan personalizado de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. También podrá elevar la solicitud las personas o parientes más cercanos a su núcleo familiar.
2. El Ministerio Público podrá promover el procedimiento cuando considere, bajos criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que la falta de un plan personalizado podría llegar a afectar el ejercicio de los derechos de la persona para quien se eleva la solicitud.
3. Cuando el procedimiento no es incoado directamente por la persona sobre la cual se considera que precisa de un plan individual de apoyos, y esta, además, se opone al establecimiento del mismo, la solicitud se tramitará mediante el proceso contencioso. En este caso, las entidades sin ánimo de lucro legalmente reconocidas que representen a las personas con discapacidad podrán acompañar el proceso y presentar sus alegatos.
4. El funcionario competente será el juez del domicilio de la persona que precisa del plan personalizado de apoyo.
5. El Ministerio Público y la persona sobre la cual recaería los efectos el establecimiento del plan personalizado podrán intervenir en todas las etapas del proceso. También los parientes o personas más cercanas a su núcleo familiar, cuando el juez lo considere pertinente. En el evento del procedimiento contencioso, la persona por la cual se eleva la misma deberá contar con la debida asistencia judicial, designado por ella misma o en su defecto por la Oficina de la Defensoría Pública.
6. El juez, a solicitud de parte o de oficio podrá modificar el plan inicial. Incluso podrá llegar a extinguirlo, siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste o remoción. Para ello deberá garantizarse el debido proceso y en todo caso deberá

respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para la cual se ha establecido el plan.

7. Antes de pronunciarse sobre la pertinencia del plan personalizado el juez podrá solicitar y/o practicar directamente las pruebas que considere necesarias para informarse sobre las circunstancias que rodean a la persona que precisa del apoyo, evaluando tanto los intereses y expectativas de la persona como su vida en comunidad.

Por regla general las medidas de apoyo serán acordadas con la persona que precisa de las mismas.

Excepcionalmente, y para evitar perjuicios irreparables, cuando la persona sobre la cual se adopta el plan no esté en condiciones de conformar su voluntad u otorgar el consentimiento, incluso después de haberse realizado los ajustes necesarios, podrá arbitrarse un sistema de apoyo intenso que en la práctica se asimile a un modelo de sustitución de la voluntad.

En todo caso, cualquier decisión que se adopte sobre una persona que precise de apoyos deberá respetar sus preferencias, historial de vida, narrativa, intereses, gustos e identidad.

8. El juez deberá tomar la decisión sobre el plan personalizado en un tiempo no mayor a 30 días después de ser presentada la solicitud. En la providencia deberá indicarse la extensión del plan personalizado, esto es, aquellos ámbitos específicos en los cuales la persona precisa del apoyo para poder tomar sus propias decisiones. En los aspectos sobre los cuales no exista pronunciamiento no entrará a regir el plan.
9. En la decisión de fondo deberán disponerse las salvaguardas que resulten necesarias para proteger los derechos de la persona a la cual se le asigna el programa de apoyo. Las revisiones periódicas fungirán como mecanismo de control para detectar posibles situaciones de irregularidad (abusos o conflicto de intereses) y en general, para garantizar el correcto funcionamiento de dicho programa.

10. Deberá crearse un sistema especial de registro para dar publicidad a las decisiones judiciales en esta materia, a fin de que surta efectos frente a terceros.

Art. 23: Asignación de medidas de apoyo para la toma de decisiones respecto al manejo de bienes y disposición de intereses de carácter patrimonial

Para el reconocimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se observarán las siguientes reglas:

1. Toda persona que tenga dificultades para el manejo o disposición de bienes podrá iniciar, ante el funcionario competente, el procedimiento para que se le asigne un plan personalizado de apoyos que le facilite la toma de aquellas de decisiones que tengan carácter patrimonial.

También podrán promover la solicitud las personas o parientes más cercanos a su núcleo familiar.

2. El funcionario competente será el juez del domicilio de la persona que precisa del plan personalizado de apoyo.
3. La persona que solicita el establecimiento del plan personalizado podrá intervenir en todas las etapas del proceso. También los parientes o personas más cercanas a su núcleo familiar, cuando el juez lo considere pertinente.
4. El juez, a solicitud de parte o de oficio, podrá modificar el plan inicial, siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste. Para ello deberá garantizarse el debido proceso y en todo caso, deberá respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para la cual se ha establecido el plan.
5. El juez podrá solicitar y/o practicar directamente las pruebas que considere necesarias para fundar su decisión. Dichas pruebas deberán informar la realidad de la persona que precisa el apoyo desde una perspectiva integradora, esto es, de cara a sus necesidades e intereses, experiencia personal y vida en comunidad.

6. El juez, a solicitud de parte o de oficio podrá modificar el plan inicial. Incluso podrá llegar a extinguirlo siempre que las circunstancias del momento exijan su ajuste o remoción. En cada una de las actuaciones deberá darse cumplimiento a las normas sobre debido proceso; en todo caso deberá respetarse la voluntad, preferencias e intereses de la persona para la cual se ha establecido el plan.
7. El juez deberá tomar la decisión sobre el plan personalizado en un tiempo no mayor a 15 días después de ser presentada la solicitud. En la providencia deberá indicarse la modalidad del apoyo y las decisiones en la cuales entrará a operar el mismo.
8. Deberá crearse un sistema especial de registro para dar publicidad a las decisiones judiciales en esta materia, para que surta efectos frente a terceros.

Parágrafo final

La persona que se encuentre actualmente en el régimen de la interdicción o inhabilitación podrá solicitar, a través de un incidente, el cambio al sistema personalizado de apoyos. El juez, en la providencia, además de pronunciarse sobre dicha solicitud declarará también el levantamiento de la medida de interdicción o inhabilitación. Dicha solicitud también podrá ser presentada por los familiares o parientes cercanos de la persona a favor de quien se solicita el cambio de régimen.

Conclusiones finales

El reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad son reivindicaciones perfectamente compatibles con los anhelos de una sociedad pluralista y respetuosa de la dignidad humana, constituyéndose además en fuente de legitimidad del poder estatal.

Pese a que en el plano internacional desde hace varias décadas se ha abonado el terreno para el reconocimiento de los derechos bajo la consigna de la universalidad, aún en la actualidad las pretensiones éticas de las personas con discapacidad no encuentran fundamento en el reconocimiento de su dignidad inherente sino en la voluntad caritativa del grupo mayoritario.

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad debe fundarse en razones de libertad e igualdad. La condición de sujetos de derechos les permite demandar del Estado las prerrogativas esenciales que les garanticen unas condiciones de existencia dignas, en todas y cada una de las esferas de la vida (individual, familiar, profesional, social, etc.). Una postura en sentido contrario cercenaría las oportunidades de un grupo significativo de la población de desarrollar libremente un proyecto moral de vida.

Desde el punto de vista jurídico, la búsqueda de la igualdad no implica la homogeneización de situaciones diversas, sino la remoción de aquellos obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. En este contexto, el derecho a la igualdad obliga a las autoridades a otorgar un mismo trato en la ley y frente a la ley, y a promover las condiciones necesarias para que todas las personas puedan acceder efectivamente a los derechos, bienes y servicios, adoptando, cuando la situación así lo amerite, las medidas suficientes para equilibrar los desajustes que se crean al interior de la sociedad.

En un Estado que se autoproclame como “Social y Democrático”, la falta de satisfacción de las exigencias de dignidad de las personas que por circunstancias históricas se encuentran en posición de desventaja obliga a los poderes públicos en la actualidad a

adoptar medidas y políticas orientadas a crear condiciones de igualdad desde el reconocimiento de la diversidad.

En esta forma de organización estatal, la materialización de los derechos no puede quedar supeditada a la voluntad política de las mayorías parlamentarias, ni puede encontrar un límite distinto al de la propia realización de los objetivos constitucionales, por cuanto la garantía de los derechos se constituye en la piedra angular de este esquema organizacional.

El Estado Social de Derecho es un modelo de organización del poder político que se funda en el respeto de la dignidad como valor intrínseco del ser humano, y en el reconocimiento y protección de los derechos y las libertades fundamentales que derivan de esta misma idea de dignidad humana.

En este modelo de Estado, la realización de los derechos no depende única y exclusivamente de la posición pasiva que adopte aquel, sino que el cumplimiento de los mismos está condicionado a la intervención del ente estatal en los diferentes ámbitos de la sociedad. Para tal fin, es necesario que el Estado asuma una posición de garante respecto al efectivo cumplimiento de las pretensiones de dignidad de todos los sujetos, sin que quepa ningún tipo de distinción.

La definición del Estado como Social de Derecho comporta el establecimiento de unas condiciones mínimas de existencia que permitan a los coasociados el disfrute efectivo de sus derechos y libertades fundamentales. Este sistema de organización estatal se basa en la idea de la igualdad material, con lo que se procura garantizar que cada individuo cuente con opciones reales para escoger y llevar a cabo, de manera libre e independiente, un plan de vida digno.

Para ello es necesario que dicha dimensión de la igualdad se visualice tanto en el momento de la elección del plan de florecimiento humano (igualdad en el punto de partida) como en el momento de su realización (igualdad en el punto de llegada).

Uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de promover el bienestar social y la prosperidad general. Bajo ese entendido, el Estado entonces asume el compromiso de llevar a cabo los objetivos sociales y de promover la realización de los

derechos fundamentales. Estos a su vez devienen en instrumentos de índole social y político que favorecen el ejercicio de las libertades y permiten la realización de aquellos proyectos de vida que se funden en la idea de dignidad humana.

En ese orden de ideas, tratándose de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, el papel del Estado resulta fundamental. No se trata simplemente de prohibir en abstracto toda actuación discriminatoria que atente contra los derechos de este grupo de personas, ya sea por parte de los poderes públicos o de los particulares.

Ello por cuanto quizás hoy en día ya existe una aceptación casi generalizada a propósito de la situación de exclusión que afronta este colectivo tanto en el plano social como en el normativo, que le impide la plena participación en las actividades de la vida cotidiana y que afecta gravemente su desarrollo individual y social. Se trata más bien de adoptar medidas efectivas de garantía que estén destinadas al cumplimiento de unos fines específicos y que resulten realmente beneficiosas para este colectivo de personas.

Como pudo observarse a lo largo de este documento, la discriminación por motivo de discapacidad puede ser directa o indirecta. La primera proviene de una conducta activa o de una omisión por parte de las autoridades o de los particulares. En esa línea, la cláusula de *no discriminación* apunta a evitar que se brinde un trato degradante o que se materialice una conducta que pueda atentar contra la libre autodeterminación de las personas con discapacidad, concibiendo por razones históricamente comprobables que dicho trato se origina en la falta de correspondencia entre los proyectos individuales de vida y los marcadores sociales de identidad.

La segunda, esto es, la discriminación indirecta, deriva de un tratamiento que pese a que a primera vista parece ser neutro, resulta altamente lesivo para los intereses de las personas en situación de discapacidad.

Pues bien, a pesar de que en Colombia se han dado algunos cambios normativos orientados a eliminar los actos de discriminación por motivo de discapacidad, incluso desde el ámbito penal, la realidad demuestra que se trata de un grupo completamente infravalorado. Así mismo, las pocas cifras oficiales y no oficiales que existen dan cuenta de que, en términos generales, la estructura social y normativa no se adapta a las necesidades e intereses de este

grupo de personas, sobre quienes aún existe, desde el punto de vista cultural, un estigma o identidad deteriorada.

Bajo ese entendido, un entorno inaccesible también comporta una situación de discriminación, de forma indirecta. Y aunque en ocasiones no es posible diseñar todos los productos y servicios de manera tal que la generalidad de personas pueda utilizarlos, la CDPD pone a disposición de los Estados estrategias concretas tales como los ajustes razonables, que permiten garantizar con carácter particular la accesibilidad, principalmente en las áreas de la salud, vivienda, empleo y educación. Aunque Colombia ya ha cumplido seis años de haber ratificado la CDPD, dichas estrategias aún constituyen una promesa no cumplida.

Incluso desde la dimensión de la igualdad como diferenciación positiva es factible, en un momento dado y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la adopción de medidas de protección a favor de las personas con discapacidad bajo el sistema de apoyos, a fin de preservar las condiciones actuales para que a futuro puedan ejercer libremente sus derechos en condiciones de igualdad.

Habitualmente, el ejercicio de las capacidades se asocia con el concepto de utilidad o de productividad, y se otorga validez jurídica a las actuaciones de la persona según la función que desempeña al interior de la sociedad. De este modo, se considera capaz a la persona que reporta algún beneficio social.

Ciertamente es necesario repensar el concepto de capacidad jurídica. También el concepto de dignidad humana, que ha estado asociado a las virtudes del ser humano de la ilustración. Urge una nueva concepción acerca del individuo que no necesariamente implique dejar de lado la visión moderna del sujeto moral, que en todo caso no está exenta de reparos por su abstracción. Quizá sea importante partir de una perspectiva de sujeto moral que tenga vocación de universalidad pero que a su vez se ajuste a las particularidades del ser humano y su contexto.

En la actualidad el modelo social de la discapacidad brinda una respuesta satisfactoria ante la preocupación por articular las condiciones del sujeto abstracto con las necesidades del ser humano situado dentro de un marco específico. A partir de este modelo se concibe que

la limitación infundada del ejercicio de los derechos de las personas que poseen alguna deficiencia se origina en la forma como se ha diseñado la sociedad. Por esa razón, desde este modelo se aboga por la adopción de medidas que permitan la inclusión a través de la igualdad de oportunidades.

El modelo social —que se construye a partir de propuestas y estrategias prácticas para la inclusión— apunta a la adopción de medidas afirmativas que permitan la remoción de las barreras y obstáculos que impiden la inclusión de las personas con discapacidad en las distintas actividades de la vida diaria y que causan la desigualdad social de este colectivo de personas.

A partir de esta nueva forma de entender la discapacidad, que se centra en el impacto de los factores limitativos y en las restricciones a la participación, empieza a asumirse que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras físicas y sociales.

Ahora, como desde este nuevo enfoque se concibe que el factor discapacitante no se origina estrictamente en las deficiencias individuales, situando entonces la problemática en las barreras sociales, entonces las medidas deberán encaminarse, entre otras, a ajustar desde la perspectiva de los derechos el modelo de construcción y de desarrollo existente a las necesidades e intereses de las personas con discapacidad.

Dicho planteamiento ya ha encontrado acogida en algunos instrumentos internacionales de protección, entre los cuales la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas en situación de Discapacidad* constituye el instrumento por excelencia que adopta el enfoque social de la discapacidad. Es de anotar que en el ámbito internacional el tratamiento que se imparte a las personas en situación de discapacidad se encuentra actualmente inmerso dentro de un proceso de transición de un modelo rehabilitador a un modelo social.

En el ámbito internacional se han dado avances importantes en materia de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Tanto el Sistema Interamericano como el Sistema Universal de Derechos Humanos han adoptado sus propios estándares de protección para dar cumplimiento a los derechos y libertades

fundamentales de este grupo significativo de personas. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no presenta un desarrollo normativo considerable en esta materia a pesar de que cuenta con el primer tratado internacional para la protección y plena integración social de este colectivo de personas.

Por su parte, el Sistema Universal de Derechos Humanos, desde antes de suscribirse la Convención ya contaba con un cuerpo normativo prolijo en materia de discapacidad. Uno de los avances más importante en esta materia había sido la aprobación de *Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicha normativa incorpora dentro de sus principios orientadores la perspectiva de derechos humanos, lo que le ha habido permitido —y le permite aún— constituirse en un marco básico de referencia para la formulación de políticas públicas al interior de los Estados. Ahora, el inconveniente que plantea este catálogo normativo es que no es un instrumento jurídicamente vinculante, con lo cual se condiciona su aplicación a la “buena voluntad” de los Estados.

Pese a que en el ámbito del Sistema Universal los primeros instrumentos de protección registran términos que hoy por hoy ya se encuentran en desuso, dicha normativa evidencia con el paso del tiempo cambios en los conceptos y en la forma de abordar la discapacidad (se pasa de ver la discapacidad como un asunto netamente médico, basado en normas para la rehabilitación, a ver la discapacidad como una cuestión de derechos humanos basada en normas para la igualdad de oportunidades).

Por su parte, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es una norma jurídicamente vinculante que impone obligaciones específicas a los Estados a fin de promover las condiciones necesarias para el disfrute efectivo de los derechos, prohibiendo los tratos discriminatorios. La Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y es producto de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras físicas y conductuales.

Sin lugar a dudas, el enfoque axiológico sobre el cual basa sus lineamientos este instrumento de derechos humanos resulta paradigmático por cuanto se reconoce que la discapacidad es producto de las trabas y obstáculos que impone la propia sociedad, lo que

dificulta la participación plena y efectiva de este grupo de personas en los asuntos que atañen a la colectividad.

La Convención supone un cambio en el tratamiento de la discapacidad pasando de un asunto que se resuelve en el plano de la asistencia social a una cuestión de derechos humanos. En ese sentido, la Convención marca un cambio en el modo de entender la discapacidad reconociendo que las barreras y los prejuicios sociales devienen en sí mismos en una discapacidad.

Así, también, la Convención comporta un replanteamiento de las categorías jurídicas tradicionales por cuanto pasa del modelo de sustitución de la capacidad a un modelo de apoyo para ejercerla, buscando promover la igualdad de las personas con discapacidad. Sin embargo, hasta el momento no se han dado los resultados esperados en la medida en que los poderes públicos en diferentes latitudes no han sido lo suficientemente proactivos en la implementación del contenido de la Convención.

De otro lado, la Convención hace énfasis en el compromiso que asumen los Estados de adoptar medidas eficaces para fomentar en la sociedad el respeto por los derechos y libertades de las personas con discapacidad, así como también sobre la toma de conciencia respecto de sus aportaciones y capacidades, para lo cual se impone además a los Estados la obligación de luchar contra todo tipo de estereotipos y prácticas discriminatorias que afectan significativamente el desarrollo social de este grupo de la población.

En suma, la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, junto con su *Protocolo Facultativo*, conforman en la actualidad el cuerpo normativo más acabado en materia de protección de los derechos de este colectivo de personas. A pesar de que el tratado en mención entró en vigor hace apenas diez años, hoy por hoy se constituye en documento de referencia para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por su parte, el sistema normativo colombiano ha presentado avances tímidos en esta materia. En vigencia de la Constitución anterior la discapacidad era un fenómeno totalmente subvalorado, constituyéndose en criterio justificativo para la restricción de los derechos. Asimismo, la discapacidad era una cuestión que se enmarcaba dentro del ámbito

del derecho privado, donde las personas a quienes se les imponía el rótulo de “discapacitadas o minusválidas” eran objeto de medidas netamente asistencialistas.

La entrada en vigor de la Constitución de 1991 supondría un cambio de paradigma respecto al tratamiento de la discapacidad. Así, la proclamación del Estado como *Social y Democrático de Derecho* y el reconocimiento de la autonomía moral como elemento nuclear para el libre desarrollo del ser humano son algunos de los pilares en que se funda la nueva Carta Magna de los colombianos.

Mediante el reconocimiento de valores constitucionales tales como la dignidad humana y la igualdad, la Constitución de 1991 establece un régimen especial de protección a favor de este colectivo de personas. Así, pues, el nuevo escenario constitucional ha facilitado el reconocimiento paulatino de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, lo que se ha conseguido especialmente a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es de anotar que tradicionalmente se ha asociado la discapacidad a la falta de capacidad para el ejercicio de las libertades. Esto ha dado lugar a que normalmente el tema de la discapacidad se haya evaluado y se evalúe aún de manera ligera y tangencial, sin tener en cuenta que es un fenómeno complejo en el que interactúan múltiples factores. El constante fracaso de las políticas para la atención de la población en situación de discapacidad es una consecuencia directa de la visión sesgada que se tiene acerca de este fenómeno social.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana poco a poco se ha decantado por el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad. Pese a que aún se mantienen en el ordenamiento jurídico colombiano —sobre todo en el campo del derecho civil— algunas medidas coactivas de protección, dicho tribunal ha entendido (al menos en el ámbito de la justicia constitucional) que la presunción de la falta de capacidad debe reevaluarse y que le corresponde al juez valorar en cada caso concreto la legitimidad o ilegitimidad de dichas medidas, toda vez que el nivel de autonomía o el grado de dependencia entre una persona y otra no siempre es el mismo.

Quizás el mayor inconveniente a propósito del impacto de las decisiones judiciales estriba es que, en principio, solo tienen efectos jurídicos para las partes que intervienen en el proceso, salvo cuando crea un precedente vinculante, que no es la regla general, por

tratarse de pronunciamientos que versan sobre la protección de derechos fundamentales para casos concretos, en sede de tutela.

Si bien este Tribunal ha evidenciado avances importantes en materia de discapacidad, desde el punto de vista legal y reglamentario no se han dispuesto aún los instrumentos adecuados para garantizar de manera efectiva los derechos de las personas con discapacidad, lo que se refleja en los altos índices de marginación y de exclusión social que aún abriga a este grupo de personas.

A pesar de que la legislación colombiana recientemente expedida en materia de discapacidad presenta un leve desarrollo en materia de reconocimiento de derechos, todavía se asume que esta es una cuestión que se origina en factores estrictamente individuales, con lo cual las medidas de protección simplemente se orientan a promover la integración o a “facilitar el desempeño normal” de estas personas en la sociedad.

Las leyes mantienen un enfoque preponderantemente asistencialista y se apuesta todavía por las figuras tradicionales para el tratamiento de la discapacidad (institucionalización, inhabilitación, interdicción, etc.). Además de lo anterior, las pocas medidas de protección de derechos que se adoptan en esta materia están desprovistas de todo carácter coercitivo, lo que claramente afecta su nivel de cumplimiento.

Con la expedición de la Ley 1306 de 2009 no se evidencian cambios significativos en materia de reconocimiento de la capacidad jurídica. Por el contrario, se sigue manteniendo el esquema de representación (sustitución de la voluntad). Aunque la Corte Constitucional colombiana ha dado algunos pasos importantes en materia de protección de la autonomía, al mismo tiempo sigue avalando las medidas de interdicción e inhabilitación. Incluso mantiene en su jurisprudencia rezagos del modelo de la prescindencia en lo que tiene que ver con la protección de los derechos sexuales y reproductivos del grupo poblacional en mención.

En ese orden de ideas, para dar respuesta al problema jurídico puede concluirse que actualmente el sistema normativo colombiano *no* se adapta a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta al reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Bajo ese entendido es necesario que se adecúe la legislación existente en materia de capacidad jurídica a los mandatos convencionales a fin de garantizar a las personas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del mencionado instrumento, la posibilidad de tomar las propias decisiones ya sea de manera directa o a través del sistema personalizado de apoyos en caso de ser necesario.

En línea con lo anterior y dado que la discapacidad comporta una situación de desventaja, es necesario, junto al reconocimiento formal y material de la capacidad jurídica, que se adopten las medidas suficientes para remover las barreras y obstáculos que puedan llegar a afectar el ejercicio pleno de la autonomía. En ese sentido se propone también la expedición de una normativa sobre igualdad de oportunidades que incluya mecanismos adecuados para asegurar el disfrute de los derechos dentro de un contexto de igualdad.

No debe perderse de vista que tanto la Convención Internacional como la Constitución Política de 1991 reclaman de los poderes públicos la implementación de políticas públicas y medidas que se encaminen a la promoción efectiva de los derechos de las personas discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que es uno de los colectivos que mayores índices de exclusión social presenta.

A pesar de las características que presenta el nuevo esquema constitucional y que se resume en la idea de que *Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana*, la realidad evidencia que las personas en situación de discapacidad siguen formando una minoría discreta que día a día tiene que enfrentar todo tipo de restricciones, lo que les impide el disfrute efectivo de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la población.

La ratificación de la Convención supone un avance importante en materia de reconocimiento de derechos y libertades. Se espera, entonces, que el Estado asuma los compromisos que derivan de la firma del precitado documento y tome las medidas que sean conducentes para brindar protección efectiva a este colectivo de personas, lo que históricamente se ha constituido y se constituye aún en una de las asignaturas pendientes por parte del Estado colombiano.

En ese sentido, si bien la normativa internacional e incluso el nuevo esquema constitucional colombiano plantean un escenario propicio para la adopción del modelo social, la legislación colombiana sigue abordando la discapacidad a través de técnicas asistenciales y rehabilitadoras. Esto ha dado lugar a que las cuestiones relativas a la discapacidad simplemente se traduzcan en programas y políticas sanitarias de readaptación social.

Es imperativo que el Estado adopte políticas públicas y destine recursos que estén encaminados a la eliminación de barreras físicas, sociales y ambientales, de tal manera que se permita a las personas con discapacidad el libre ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones frente a las demás.

Unido a lo anterior, es necesario que el Estado disponga de un sistema de información y de recolección de datos que sea adecuado y que permita efectuar un mejor diagnóstico tanto cuantitativo como cualitativo en materia de discapacidad, toda vez que persiste una brecha de implementación entre las estrategias y políticas que se adoptan y las necesidades reales de este grupo poblacional.

Finalmente, resulta pertinente abogar para que el Estado colombiano ratifique el Protocolo Facultativo a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de tal manera que junto a los compromisos específicos en materia sustancial se fortalezcan los mecanismos de control y seguimiento, otorgando mayores garantías a la protección de los derechos con miras a lograr la plena inclusión, dando inicio así al tan anhelado desmantelamiento de las barreras que generan la discapacidad.

Bibliografía

- Alegre Martínez, Miguel Ángel. 1996. *La dignidad de la persona*. España: Universidad de León.
- Alemany, Macario. 2006. *El paternalismo jurídico* (1ª. ed.). Madrid: Iustel, 2006.
- Anastasiou, Dimitris y Kauffman, James. 2013. "The Social Model of Disability: Dichotomy between Impairment and Disability". *Journal of Medicine and Philosophy*. No. 38.
- Ansuátegui Roig, Francisco J. 2013. *Razón y voluntad en el estado de derecho*. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson.
- Añón Roig, María José. 2013. "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja". En *Revista Isonomía*. No. 39, México.
- Aragón Reyes, Manuel. 1995. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana.
- Araújo Rentería, Jaime. 2015. *Filosofía o Teoría del Derecho Constitucional*. Bogotá: Jurídicas Ibáñez.
- Aristóteles. 1995. *Ética Nicomáquea*. Julio Pallí Bonet, trad. Madrid: Gredos.
- 1999. *Política*. M. García Valdés, trad. Madrid: Gredos.
- Bach, Michael. 2009. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*. Francisco Bariffi y María Laura Serra, trads. Toronto: Instituto para la Investigación y el Desarrollo sobre la Inclusión y Sociedad (IRIS).
- Bariffi, Francisco. 2014. "El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos". Disponible en: e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf?sequence=1. Recuperado el 29 de abril de 2015.
- Barranco Avilés, María del Carmen. 2004a. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons.
- 2004b. *La teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Barrere Unzueta, María Ángeles. 2003. "Problemas del derecho antidiscriminatorio". En *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. No. 9. Valencia.

- Bauman, Zygmunt. 2006. *Modernidad y Holocausto*. Madrid: Sequitur.
- Benavides, Álvaro; Ospina, Mario; y Valverde, Rosa. 2010. *Informe sobre pruebas de acceso al empleo público de las personas con discapacidad*. Rafael De Asís Roig, Dir. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/clinica_juridica/materiales_clinicas/informe.pdf. Recuperado en mayo de 2017.
- Benda, Ernesto. 1996. “El Estado Social de Derecho”. En *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1998.
- Blanco, Roberto. 2002. “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”. En Miguel Carbonell, comp. *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Bobbio, Norberto. 1991. *El tiempo de los derechos*. Rafael De Asís Roig, trad. Madrid: Sistema.
- 1993. *Igualdad y Libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. 1ª. Edición. Barcelona: Paidós, 1993.
- Cerdá Martínez, Carmen María. 2005. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”. En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. España.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2014. “Observación General Sobre el Artículo 12: Igual Reconocimiento Como Persona Ante la Ley”. CRPD/C/11/4. 11º Periodo de Sesiones. 30 de marzo al 11 de abril de 2014.
- Courtis, Christian. 2004. “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Ignacio Campo y Cervera, ed. *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson.
- 2007. “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?”. En *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*. México.

-2010. “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. *Revista Derecho del Estado*. No. 24. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corrado, Michael Louis. 2008. “Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice”. *Essays in Philosophy*. Vol. 9, No. 1, UNC Legal Studies Research Paper No. 1117633.

Cuenca, Patricia. 2010. “Los derechos humanos: la utopía de los excluidos”. En Miguel Ramiro Avilés y Patricia Cuenca Gómez, coords. *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas. No. 11. Madrid: Dykinson.

-2012a. “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”. Madrid: REDUR. Consultado el 12 de abril de 2015. Disponible en: www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf. Recuperado en mayo de 2017.

-2012b. “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”. En: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Número 158, Madrid.
De Asís Roig, Rafael. 2001. “Sobre la discriminación positiva: especial referencia al derecho europeo”. En: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

-2004. “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”. En: Ignacio Campoy Cervera, ed. *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson.

-2005. *Cuestiones de derechos*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. No. 37. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

-2007a. “Aproximación al concepto de dependencia”. En: *La protección internacional de las personas con discapacidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid -Boletín Oficial del Estado.

- 2007b. “Derechos humanos y discapacidad”. En Ignacio Campo y Cervera y Agustina Palacios, eds. *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas. No. 8. Madrid: Dykinson.
- 2007c. “Sobre el concepto de accesibilidad universal”. En: *Accesibilidad en los medios audiovisuales para personas con discapacidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad.
- 2009. “Sobre la capacidad”. *Papeles el tiempo de los derechos*. No. 4; en el marco del proyecto URI-AGE. Consolider-Ingenio 2010. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.
- 2013a. *Sobre Discapacidad y Derechos*. Madrid: Dykinson.
- 2013b. “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”. *Papeles el tiempo de los derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III.
- De Asís Roig, Rafael y Palacios, Agustina. 2007. *Derechos humanos y situaciones de dependencia*. Cuadernos “Bartolomé de las Casas” No. 43. Madrid: Dykinson.
- De Asís Roig, Rafael, et al. 2007. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- 2012. “Capacidad jurídica y discapacidad: propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Informe El tiempo de los Derechos*. No. 23, P 70. Madrid: Universidad Carlos III. Consultado el 28 de abril de 2015. Disponible en: e-
archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf?sequence=1
- Díaz, Elías. 1998. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.
- Dworkin, Gerald. 1987. “Paternalism”. En Rolf Sartorius. *Paternalism*. Minneapolis: Universidad de Minnesota.
- Dworkin, Ronald. 2002. *Los derechos en serio*. Marta Guastavino, trad. Barcelona: Ariel Derecho.
- Elster, Jon. 1995. *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Juan José Utrilla, trad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Etxeberria, Xabier. 2005. *Aproximación ética a la discapacidad*. Bilbao: Universidad de Deusto, Serie ética, vol. 11.
- Fernández, Encarnación. 2003. *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Tecnos.

- Fernández López, María Fernanda, y Rodríguez-Piñero, Miguel. 1986. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Ferrajoli, Luigi. 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Andrea Greppi, trad. Madrid: Trotta.
- 2008. *Democracia y garantismo*. Christian Courtis, trad. Madrid: Trotta.
- 2011. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 34. Alicante: Revista Doxa.
- Fioravanti, Maurizio. 2000. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (3ª. ed.). Manuel Martínez Neira, trad. Madrid: Trotta.
- Fleischmann, Federico. 2003. "Accesibilidad para las personas con discapacidad". En: *Los derechos de las personas con discapacidad*. México D.F: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Foucault, Michel. 1992. *Genealogía del racismo*. Madrid: La Piqueta.
- García Añón, José. 2006. "Derechos sociales e igualdad". En *Derechos Sociales: Instrucciones de Uso*. México: Fontamara.
- García-Pelayo, Manuel. 1977. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- García-Pelayo, Manuel. 1999. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.
- García Pons, Antonio. 2008. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Garzón Valdés, Ernesto. 1993. "Representación y democracia", en *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2006. *Tolerancia, dignidad y democracia*. Lima: Universidad Garcilaso de la Vega.
- Gauthier, David P. 1986. *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Giménez Gluck, David. 2004a. *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*. Barcelona: Bosch.
- 2004b. "La ausencia de límites constitucionales de las acciones positivas". En: *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Ignacio Campoy Cervera, ed. Madrid: Dykinson.
- Goffman, Erving. 1986. *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- González de Cancino, Emilssen. 2007. *Manual de Derecho Romano* (6ª. ed., reimpresión). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Gutiérrez Silva, José Ramón. Mayo-agosto de 2009. “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 36. N° 2. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Habermas, Jürgen. 2010. “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. Juan Luis Fuentes, trad. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 44, 2010, pp. 107 y ss. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/501/591>. Recuperado en mayo de 2017.
- Hart, Herbert L. A. 2006. *Derecho, libertad y moralidad*. Miguel Ángel Ramiro, trad. y est. prel. Madrid: Dykinson.
- Hesse, Konrad. 1992. *Escritos de Derecho constitucional* (2ª. ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Holmes, Stephen. 1991. “El precompromiso y la paradoja e la democracia”. En: Jon Elster y Rune Slagstad, eds. *Constitucionalismo y democracia*. Mónica Utrilla de Neira, trad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Iturri Garate, Juan. 2007. *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de las personas con discapacidad*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- Josserand, Louis. 1950. *Derecho Civil*. Tomo 1. Vol. 1. Santiago Cunchillos y Manterola, trad. Buenos Aires: Jurídicas Europa – América.
- Kant, Immanuel. 1946. *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Manuel Morente, trad. Buenos Aires: Espasa-Calpe.
- 1981. “¿Qué es la Ilustración?” en *Filosofía de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- 1998. *Crítica de la razón pura*. Pedro Ribas, trad. “Los clásicos”. Madrid: Alfaguara.
- 2003. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Manuel G. Morente, trad. “Opúscula filosófica”. No. 18, Madrid: Encuentro.
- Laporta, Francisco. 1985. “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”. En *Revista de Ciencias Sociales*. N° 67. Madrid: Sistema.
- Locke, John. 2014. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Carlos Mellizo, trad. Madrid: Alianza.
- Loewenstein, Karl. 1968. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel.

- López Blanco, Hernán Fabio. 2009. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo I: Parte General* (10ª. ed.). Bogotá: Dupre.
- López Díaz, Claudia. 2006. *Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martín, Santiago. 2007. “La protección en el sistema interamericano a las personas con discapacidad”. En *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas No. 8. Madrid: Dykinson.
- Martínez de Aguirre, Carlos. 2013. “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En: Sofía De Salas, coord. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Colección Monografías de Derecho Civil. Madrid: Dykinson.
- Martínez Tapia, Ramón. 2000. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. España: Universidad de Almería.
- Mateos García, Ángeles. 2005. “Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica”. En: Sánchez De La Torre, Ángel, ed. *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Mill, John Stuart. 1972. *Sobre la libertad*. Josefa Sainz Pulido, trad. Madrid: Aguilar.
- 2016. *Sobre la libertad*. Emeterio Fuentes, trad. Madrid: Verbum.
- Nussbaum, Martha C. 2002. “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”. *Isegoría*. No. 27.
- 2007. *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Ramón Vila Vernis, trad. Barcelona: Paidós.
- 2012. *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Albino Santos, trad. Barcelona: Paidós.
- Oliver, Mike. 1998. “¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?” En: Len Barton, coord. *Discapacidad y sociedad*. Madrid: Morata.
- Palacios, Agustina. 2004. “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”. En: *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson.

- 2007. “¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español”. En: *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Madrid: Dykinson.
- 2008. “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Madrid: CERMI. Disponible en <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>. Recuperado en mayo de 2017.
- Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco. 2007. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- 2009. “La capacidad jurídica: Una mirada desde el modelo social de la discapacidad y los derechos humanos”. En el marco de la Colección de publicaciones *Capacidad jurídica y discapacidad*. Cuaderno de Trabajo No. 5. Colombia. España: Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- Palacios, Agustina y Romañach, Javier. 2006. *El modelo de la diversidad*. España: Diversitas.
- Parra Quijano, Jairo. 2011. *Manual de Derecho Probatorio* (18ª. ed.). Bogotá: Librería del Profesional.
- Parson, Talcott. 1999. *El sistema social*. José Cazorla Pérez y José Jiménez Blanco, trads. Madrid: Alianza.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. 1993. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1994. “La universalidad de los derechos humanos”. *Revista Doxa*. No. 15-16.
- 1995. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- 2004. *Ética, Poder y Derecho*. México: Fontamara.
- 2007. “Derechos humanos, especificación y discapacidad”. En: Ignacio Campoy Cervera y Agustina Palacios, eds. *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas No. 8. Madrid: Dykinson.
- Pele, Antonio. Junio de 2009. “Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media”. En *Derechos y Libertades*. No. 21.

- Pérez Bueno, Luis. 2004. *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*. Barcelona: El Cobre.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. 2004. “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad”. En: Ignacio Campoy Cervera, ed. *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson.
- 2005. “Igualdad”. En: *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Navarra (España): Verbo Divino.
- 2007. *Dimensiones de la igualdad* (2ª. ed.). Madrid: Dykinson.
- Pettit, Philip. 1999. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Toni Doménech, trad. Barcelona: Paidós.
- Platón. 1997. República. En *Diálogos* (Vol. IV). Conrado Eggers Lan, trad. Madrid: Gredos.
- Pumar Ortega, Tomás. 2005. “Algunos aspectos de la capacidad jurídica en el derecho romano”. En *Fundamentos de conocimiento jurídico: la capacidad jurídica*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Dykinson.
- Quinche Ramírez, Manuel. 2015. *Derecho Constitucional Colombiano* (6ª. ed.). Bogotá: Temis.
- Quinn, Gerard y Degener, Theresia. 2002. *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York – Ginebra: Naciones Unidas.
- Ramiro Avilés, Miguel Ángel. 2006. “A vueltas con el paternalismo jurídico”. *Revista Derechos y Libertades*. No. 15. Época II. Universidad Carlos III. Madrid: Dykinson.
- 2011. “La institucionalización de las personas con discapacidad en la Ley 39 de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. En: María del Carmen Barranco Avilés, coord. *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la ley 39 de 2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia desde la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*. Debates del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson.
- Rawls, John. 1986. *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. Miguel Ángel Rodilla, trad. Madrid: Tecnos.
- Rawls, John. 2010. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- 2013. *Justicia como Equidad: Materiales para una Teoría de la Justicia*. Madrid: Tecnos.
- Raz, Joseph. 2001. *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- Rey Pérez, José Luis. 2007. *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Genovés, Fernando. 2003. "Oídos sordos, culturas y diferencias: de la exclusión al orgullo". En *Daimón. Revista de Filosofía*. No. 28, 2003, p. 90.
- Romañach Cabrero, Javier. 2009. *Bioética al otro lado del espejo. La visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los Derechos Humanos*. La Coruña: Diversitas-AIES.
- Ruiz Miguel, Alfonso. 1996. "La discriminación inversa y el caso Kalanke". En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.19, España: Universidad de Alicante.
- Sánchez de la Torre, Ángel, ed. 2005. "Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad". En: *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Ferriz, Remedio. 1995. *Estudio sobre las libertades* (2ª. ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Sandel, Michael. 2008. *Filosofía Pública. Ensayos sobre moral en política*. Albino Santos Mosquera, trad. Barcelona: Marbot.
- 2009. *El liberalismo y los límites de la justicia*. María Luz Melon, trad. Barcelona: Gedisa.
- Sen, Amartya. 2004, diciembre. "Discapacidad y Justicia". Ponencia en el marco de la Segunda Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo. Washington: Banco Mundial.
- Shakespeare, Tom. 2010. "The social model of disability". En Lennard Davis, ed. *The disability Studies Reader*. Nueva York: Routledge.
- Silvers, Anita y Ashley, Michael. 2007. "Disability and the Social Contract". *Faculty Publications*. Documento 664. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/664>. Recuperado en mayo de 2017.
- Singer, Peter. 1995. *Ética práctica* (2ª. ed.). Rafael Herrera Bonet, trad. Gran Bretaña: Cambridge University Press.
- 1997. *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona Paidós.

- 2002. “De compras por el supermercado genético”. Julio Seoane, trad. Isegoría. N.º 27. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Taylor, Charles. 2009. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Mónica Utrilla, Liliana Andrade y Gerard Vilar, trads. México: Fondo de Cultura Económica.
- Turégano Mansilla, Isabel. 1989. “La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. España: Universidad de Alicante.
- Valencia Zea, Arturo y Monsalve Ortiz, Álvaro. 2006. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Tomo 1. Bogotá: Temis.
- Villar Borda, Luis. Diciembre de 2007. “Estado de derecho y Estado social de derecho”. En *Revista Derecho del Estado*. No. 20. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Young, Iris Marion. 2000. *La justicia y la política de la diferencia*. Silvina Álvarez, trad. Madrid: Cátedra.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2005. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Marina Gascón, trad. Madrid: Trotta.

Referencias jurisprudenciales e informes

Corte Constitucional Colombiana

- Sentencia C-182 de 2016. M. P. Gloria Stella Ortiz D.
- Sentencia T-029 de 2016. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Sentencia T-141 de 2016. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Sentencia T-303 de 2016. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.
- Sentencia C-143 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Sentencia C-458 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-741 de 2015. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Sentencia T-074 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia T-357 de 2015. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- Sentencia C-131 de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Sentencia T-108A de 2014. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia T-026 de 2014. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia T-185 de 2014. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-684 de 2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

Sentencia T-890 de 2014. M. P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-066 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-279 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

Sentencia T-139 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas S.

Sentencia T-450A de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-949 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-057 de 2012. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-063 de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

Sentencia C-438 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-824 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-286 de 2010. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia C-804 de 2009. M. P. María Victoria Calle.

Sentencia T-1046 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-585 de 2008. M. P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-1258 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-487 de 2007. M. P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-988 de 2007. M. P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-076 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-492 de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-508 de 2006. M. P. Marco Gerardo Monroy.

Sentencia C-381 de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-534 de 2005. M. P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia SU-389 de 2005. M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia T-494 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-941 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.

Sentencia T-1015 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-116 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-794 de 2004. M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sentencia T-1103 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-478 de 2003. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-297 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-983 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-595 de 2002. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-850 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
Sentencia T-909 de 2001. M. P. Jaime Araújo Rentería.
Sentencia C-531 de 2000. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia C-952 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-401 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.
Sentencia T-823 de 1999. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-239 de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-309 de 1997. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-474 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.
Sentencia T-090 de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia T-474 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.
Sentencia T-477 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-221 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-228 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
Sentencia T-466 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-176 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.
Sentencia C-587 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.
Sentencia T-002 de 1992. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

- Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
Organización de las Naciones Unidas, noviembre 25 de 2013.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales

- Observación General No. 5. Organización de las Naciones Unidas, septiembre 12 de 1994.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva OC-4/84. Enero 19 de 1984.
- Opinión Consultiva OC-16/99. Octubre 1 de 1999.
- Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia del 4 de julio de 2006.
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Carlos Alberto Marín Vs. Colombia. Informe de Fondo No. 48/98, caso 11.403. Septiembre 29 de 1998.
- Caso Michael Domingues Vs. Estados Unidos. Informe No. 62/02, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.285. Octubre 22 de 2002.
- Caso Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador. Informe No. 63/99, caso 11.427. Abril 13 de 1999.

Suprema Corte de los Estados Unidos de América

- Caso Gonzales Vs. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal (2006) 546 U. S. 418
- Caso Korematsu Vs. United States (1944) 323 U.S. 214
- Caso Buck Vs. Bell. (1927) 274 U. S. 200
- Caso Plessy Vs. Ferguson (1896) 163 U.S. 537

Sitios web referenciados

www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad/Colombia.pdf
www.crin.org/resources/infodetail.asp?id=21240
www.oas.org/juridico/spanish/ag-res96/Res-1369.htm
[www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1356_XXV-O-95 .htm](http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1356_XXV-O-95.htm)
<http://ovibcn.org/movimiento-de-vida-independiente/>

www.cidh.org/annualrep/2000sp/indice.htm.

www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html

www.oas.org/dil/esp/personas_con_discapacidad_informes.htm

www.un.org/spanish/esa/social/disabled/spec_rapport.htm